Die Einrede aus dem Rechte des Dritten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät der
.. Universität Rostock ..

.. Vorgelegt von ..

Wilhelm Schumacher
Referendar aus Crefeld.

1911
Buchdruckerei Wilhelm Greven in Crefeld.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553620_0047

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Das Problem.

Der Stand der Frage 1
Abgrenzung des Begriffs der Einrede im Sinne des Problems 4

II. Kasuistik.

Der Weg der Untersuchung 11
1. **Bürgschaft** 11
Das Accessorietätsprinzip 12
Rappaport's Bedenken 13
Das Prinzip des zu vermeidenden Regresses . 17
Die Theorie von Mitteis 19
Die Theorie von Geib 21
Resultat 24
Zweifelsfälle und Ausnahmen 24
2. **Succession** 30
Ausscheidung der Forderungsübertragung . . 30
Das Identitätsprinzip 31
Die anspruchsverneinenden Einreden . . . 33
Die „Einwendung" aus § 417 B. G. B. . . . 36
Resultat 42
Zweifelsfälle 42
3. **Anweisung** 44
Wesen 44
Resultat 48
4. **Verträge zu Gunsten Dritter** 49
Begriff 49
Ausscheidung des § 334 B. G. B. 49

Seite

Stammler's Theorie 49
Die Vertragstheorie 50
Resultat 54
5. **Ansprüche mit identischem Zweck** 56
Der Schulfall 56
Ausscheidung einzelner Fälle aus der Fragestellung 56
Die compensatio lucri cum damno 59
Das Problem der Klagenkonkurrenz . . . 59
Die Theorie von der Identität des Anspruchs . 60
Die Theorie von der Identität einzelner Anspruchselemente 61
Die Theorie von der Identität der Zwecke . . 63
Die Theorie von der Identität des Leistungsgegenstandes 63
Die Theorie von der Unmöglichkeit der Leistung 64
Juristischer und wirtschaftlicher Zweck . . . 65
Resultat 70
6. **Die Ansprüche auf Rückstellung einer Sache** . 71
a) **der dingliche Herausgabeanspruch aus § 986 B. G. B.** 71
Resultat 73
b) **die Ansprüche aus § 556 Abs. 3 und 604 Abs. 4 B. G. B.** 75
Resultat 76

III. Die Bedeutung der Ergebnisse.

Resultat der Untersuchung 80

Literatur.

v. Blume, Zur Lehre von der Schuldübernahme. Iherings Jahrb. Bd. 39. 1898.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs Bd. II. 3. Aufl. 1905, 1906.

Dernburg, Preussisches Privatrecht. 3. u. 4. Aufl. 1884, 1889.

Enneccerus, Das Bürgerliche Recht. 2. u. 3. Aufl. 1901, 1904.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. Jena 1850/51.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.

Hellssig, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römischem Recht. Stuttgart 1894.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.

Herold, Dr. W. Unter welcher Voraussetzung liegt eine exceptio de jure tertii vor und worin beruht deren Unstatthaftigkeit? Gruchot's Beitr. zur Erläuterung des Preussischen Rechts. 3. Jahrg. Hamm 1859, Grote.

Iherings, Jahrb. für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. XXVIII Bd. Fischer Jena.

Keller, Pandekten. Leipzig 1866/67.

Kleinschrod, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen.

Langheineken, Dr. P. Anspruch und Einrede nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Leipzig 1903 Engelmann.

Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme. Gruchot's Beitr. Bd 49.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910 Häring.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Bd. I. Braunschweig 1853/55.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd. Recht der Schuldverh. Berlin 1899.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts. I.—VIII. Jahrgang. Berlin Vahlen.

Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. Berlin 1010 Heymann.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im Römischen und Deutschen Bürgerlichen Recht. Berlin 1901 Guttentag.

Pringsheim, Das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl. Gruchot's Beiträge 53, 13.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch II. Bd. Recht der Schuldverh. 3. Aufl. Berlin 1907 Guttentag.

Radicke, Das Beneficium competentiae des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme. Arch. f. Bürgerl. Recht. 32.

Rappaport, Dr. Achill, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Berlin 1904 Guttentag.

Rauchenberger, Dr. Max, Die Einrede aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte. München 1904 Schweitzer.

Riehl, Die Anweisung. München 1908.

v. Salpius, Novation und Delegation nach Römisehem Recht. Berlin 1864.

Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogen. kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich? Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung 1903 No. 19.

Stahl, Hermann, die Verträge zu Gunsten Dritter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Münster 1899.

Stammler, Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten. Halle a. S. 1900 Niemeyer.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1897 Guttentag.

v. Thur, Zur Lehre von der Anweisung. Iherings Jahrb. 48. Bd.

Westerkamp, Dr. W., Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908, Ebering.

Wolff, Das Recht zum Besitze. Sonderausgabe aus der Festschrift der Juristischen Gesellschaft in Berlin. Berlin 1903.

Zangeri, Joannis Tractatus duo de exceptionibus et quaestionibus. Frankoforti ad Moen. 1598.

I. Das Problem.

Der Satz: exceptio ex iure tertii non datur war dem römischen Rechte fremd. Zuerst findet sich der Ausdruck: exceptio ex iure tertii bei den Postglossatoren, die ihm schon eine technische Bedeutung beilegten. Zu dem 1. 6 C. 6. 1. erörterten Fall, dass jemand gegenüber dem Anspruch auf Herausgabe eines entflohenen Sklaven das Eigentum an dem Sklaven geltend macht, erhebt die Glosse die Frage, ob es sich hier nur um die Einwendung des Eigentums des Beklagten oder auch eines Dritten handele und entscheidet dahin, dass auch das Eigentum des Dritten eingewendet werden könne. Baldus wendet sich gegen diese Entscheidung und führt eine Reihe von Gründen an für den von ihm aufgestellten und nach seiner Ansicht uneingeschränkt geltenden Grundsatz: de non suo iure nemo potest excipere. Die Juristen der Folgezeit nahmen, soweit sie sich ausnahmsweise mit der Frage befassten, den Grundsatz des Baldus als etwas Unumstössliches hin, wie z. B. der Wittenberger Professor Zanger[1]), von dem „Grundsatz" ausgehend: „Sit ergo regula negativa, ius tertii ad excipiendum non prodesse" nur die Frage untersucht „an" (regula) „in aliquo elidetur et suum officium perdat." Ebenso arbeitete die Praxis[2]) mit einer gewissen Selbstverständlichkeit mit demselben „Grundsatz", dem „vulgatum iuris axioma, exceptionem de iure tertii non proficere". Ohne den Versuch zu machen, die Frage zu vertiefen, war Gegenstand ihrer Untersuchung lediglich die Frage, in wieweit Ausnahmen von dem Grundsatze zuzulassen und wie sie zu begründen seien.

[1]) Tractatus de exceptionibus P. III c. 26 n. 212 sqq, 232 sqq.

[2]) Mevius, Decisiones P. V. No. 33. 1667.

Stammler[1]) kennzeichnet daher treffend den Stand der Frage: „Es bestehe eine latente Tradition der Juristen: exceptio ex iure tertii non datur — jedoch mit Ausnahmen."

Der erste, der sich nach längerem Schweigen in der Literatur (1859) mit der Frage nach der Zulässigkeit der exceptio ex iure tertii in einer Sonderuntersuchung befasst hat, ist Herold.[2]) Nach Ausscheidung einer grösseren Zahl von Einreden, die sich nicht als wahre exceptiones de iure tertii, sondern als solche ex iure proprio erweisen, untersucht er eine Reihe von Fällen, in denen wenigstens äusserlich eine exceptio de jure tertii in die Erscheinung tritt und kommt in all diesen Fällen zu dem Resultat, dass der Beklagte sie zwar geltend machen könne, es aber gar keine exceptiones de iure tertii seien. Nach zutreffender Widerlegung der Ansicht Zanger's, dass überall da, wo der Verklagte Interesse habe, er auch aus dem Rechte eines Dritten Einreden hernehmen könne, beantwortet schliesslich Herold[3]) die erste Frage seines Themas dahin: „Eine exceptio de iure tertii liegt überall da vor, wo der Excipient nicht sein eigenes Recht opponiert." Aus einer Untersuchung des Verhältnisses zwischen der legitimatio ad causam und dem fundamentum agendi vel excipiendi gewinnt er dann schliesslich die Beantwortung seiner zweiten Frage dahin[4]): „Die Unstatthaftigkeit der exceptio de iure tertii liegt in den Grundsätzen der Sachlegitimation.

Wir können uns Herold's Schlussfolgerungen nicht überall anschliessen, jedoch insofern stimmen wir ihm zu, dass es sich bei all den Erscheinungen der exceptio ex iure tertii nicht um solche wörtlich genommen, sondern um exceptiones ex iure proprio handelt.

Nach Herold hat dann Stammler in seinem Werke: „Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten" als erster

[1]) Stammler: Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten S. 10.
[2]) Herold: Unter welcher Voraussetzung liegt eine exceptio de iure tertii vor und worin besteht deren Unstatthaftigkeit? S. 361.
[3]) a. a. O. S. 383.
[4]) a. a. O. S. 386.

den Weg zur Lösung des Problems beschritten und versucht, die in Gesetz und Praxis zugelassenen Ausnahmen auf ein einheitliches Rechtsprinzip zurückzuführen. Ihm folgt Rappaport mit einer selbständigen Erörterung der Frage in seinem Werke: „Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis“, in welchem er einen von Stammler abweichenden Standpunkt einnimmt. Eine weitere Monographie bildet die neuerdings von Rauchenberger verfasste Schrift: „Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte.“ Auch er versucht die Lösung des zur Erörterung stehenden Problems und legt sie in dem Satze nieder: „Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten ist daher nur dann zulässig, wenn der Bestand der Verpflichtung des jetzigen Beklagten nicht nur durch Entstehung der Verpflichtung des ursprünglich Einredeberechtigten, sondern auch durch den Fortbestand derselben mit rechtlicher Notwendigkeit bedingt ist.“ Dieser Satz kann jedoch nicht als eine befriedigende Lösung angesehen werden. Mit seinem Satze stellt Rauchenberger lediglich die Tatsache der Abhängigkeit der beiden Verpflichtungen, die durch dieselben Einredetatsachen getroffen werden, fest. Hiermit ist aber die Frage durchaus nicht durchgedacht. Die völlige Lösung der Problems verlangt vielmehr eine Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgrunde dieser Abhängigkeit. Der Lösungsversuch muss sich ferner auch darauf beziehen, ob sich vielleicht diese Abhängigkeit auf ein einheitliches Rechtsprinzip zurückführen lässt. Auch die von Rauchenberger versuchte Durchführung der von ihm vertretenen Ansicht bringt die Lösung des Problems um keinen Schritt weiter, da diese lediglich eine Aufführung der Fälle einander bedingender Ansprüche enthält. Da Rauchenberger auf die Frage nach etwaigem Vorliegen eines einheitlichen Rechtsprinzips die Antwort schuldig bleibt, so kann seine Schrift für unsere Untersuchung, die sich hauptsächlich mit der Frage nach dem Rechtsgrunde der Erscheinung der exceptio ex iure tertii befasst, nicht in Betracht kommen.

Weitere selbständige Abhandlungen über unser Problem fehlen. Unsere Aufgabe soll es sein, den alten Satz: „Die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist unzulässig", zu prüfen, die Rechtsprinzipien, auf die er sich stützt, zu untersuchen und zu versuchen, die in Gesetz, Literatur und Praxis anerkannten Ausnahmen auf ein möglichst einheitliches Rechtsprinzip zurückzuführen. Aus dem Zwecke der Untersuchung ergibt sich auch der Weg, den sie zu gehen hat. Sie muss sich, — eine Eigentümlichkeit unseres Themas, — befassen mit der Erörterung eines umfangreichen kasuistischen Materials, um zu prüfen, welcher rechtliche Gesichtspunkt im Einzelfalle für die Zulassung der Einrede aus dem Rechte des Dritten massgebend ist, und ob sich für die verschiedenen Ausnahmefälle ein einheitlicher Ausdruck finden lässt.

Der Abhandlung ist eine Erörterung des Begriffes der Einrede im Sinne unseres Satzes vorauszuschicken, um das Anwendungsgebiet des Satzes auch insoweit abstecken zu können, als das Vorbringen des Beklagten notwendig eine „Einrede" darstellen muss.

Die Frage, was unter dem Ausdrucke „Einrede" in dem Satze: „Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten ist unzulässig" verstanden wird, ist nur historisch zu beantworten. Es ist eben die Frage, welchen Begriff die Juristen, die sich mit der Frage der Zulassung der Einrede aus dem Rechte des Dritten befasst haben, in diesem Zusammenhang mit dem Worte „Einrede" verbunden haben.

Nach Stammler[1]) ist hier unter dem Ausdruck „Einrede" die Einrede in dem weiten prozessualen Sinne gebraucht, „wonach es jedes Vorbringen eines Belangten bedeutet, das nicht Klageleugnung ist. Er gibt den Klagegrund an sich zu, behauptet aber einen neuen Tatbestand, der zur Abweisung des erhobenen Anspruchs führen muss, sei es durch Aufstellung einer rechtsvernichtenden Tat-

[1]) Die Einrede aus dem Rechte eines Dritten S. 17.

sache, wie der Zahlung oder eines Erfüllungssurrogates, sei es durch eine Einrede im engeren Sinne, als einem Gegenrechte, das zur Verweigerung der Leistung auf Zeit oder für immer befähigt."

Hiernach ist jedes Vorbringen des Beklagten gegenüber der Klage, mag es die Beendigung des Klageanspruchs durch eine Rechtshandlung eines Dritten (z. B. Erfüllung), oder das Vorbringen einer rechtshindernden[1]) Tatsache, wie der Geisteskrankheit eines der Geschäftsschliessenden etc. zum Gegenstande haben, oder irgend eine Einrede des Dritten im engeren Sinne, z. B. die des Zurückbehaltungsrechtes, der Verjährung, Stundung u. s. w. enthalten, als Einrede aus dem Rechte des Dritten anzusehen. Nur insoweit scheidet das Vorbringen des Belangten für den Begriff der Einrede aus dem Rechte des Dritten aus, als es sich um Klageleugnung, also um Bestreitung einer klagebegründenden Tatsache handelt. Denn hier kann von einer Beziehung des Vorbringens zu einem Dritten keine Rede sein, weil es sich hier ja nicht um Anführung einer Tatsache, sondern um eine blosse Negation handelt. Richtig bemerkt Stammler[2]) in Uebereinstimmung mit Dernburg,[3]) „dass eine Bezugnahme auf die rechtliche Lage eines Dritten bei einer vom Beklagten vorgebrachten Klageleugnung in sich schon aus-

[1]) Auch das Vorbringen einer rechtshindernden Tatsache, wie der Geschäftsunfähigkeit etc. ist unter dem Gesichtspunkt der Einrede aus dem Rechte des Dritten zu betrachten. Wenn Stammler diese Art der Einwendung gegenüber dem Klageanspruch in seiner vorstehend zitierten Definition des Einredebegriffs auch nicht besonders erwähnt hat, so ist doch nicht anzunehmen, dass er sie bewusst habe ausschliessen wollen, da er ja selbst unter den Einredebegriff alles dasjenige gezählt wissen will, „was nicht Klageleugnung ist". Und dass bei dem Vorbringen einer rechtshindernden Tatsache von einer Klageleugnung keine Rede sein kann, bedarf keiner weiteren Darlegung.

[2]) Einrede S. 19.

[3]) Preuss. Privatr. I § 127.

geschlossen sei, weil die Klage von vornherein danach unbegründet sein soll und nicht erst durch Zuhülfenahme einer Einrede des Beklagten oder eines Dritten geschlagen werden müsste."

Abseits der Einreden aus dem Rechte des Dritten stehen jene Rechtsbehelfe, die nur die Möglichkeit geben, einen begründeten Anspruch wieder zum Erlöschen zu bringen. Zu diesen Rechtsbehelfen zählen vor allem die Aufrechnung, das Rücktrittsrecht und die Anfechtung. Hier kann von einer Verwirklichung durch einen anderen als den Berechtigten keine Rede sein. Die Aufrechnung führt das Erlöschen der aufgerechneten Forderung herbei, die Anfechtung bewirkt die Nichtigkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts, die Ausübung des Rücktrittsrechts begründet die Verpflichtung zur Rückgabe des Erhaltenen. Solche Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre zu gestatten, würde aber eine Verletzung allgemein anerkannter Rechtsprinzipien bedeuten, nach denen eine Änderung der Rechtslage nur durch eine Handlung oder mit Zustimmung des Berechtigten erfolgen kann.[1])

Sind dagegen die Aufrechnung, die Anfechtung oder der Rücktritt vollzogen, so kann der Geltendmachung der hierdurch herbeigeführten Rechtslage durch einen Dritten unter dem Gesichtspunkte des Eingriffs in eine fremde Rechtsspäre kein Bedenken entgegengestellt werden. Denn durch die Geltendmachung des Vollzugs der Aufrechnung etc. wird die Rechtslage des Dritten in keiner Weise berührt, da es sich ja nur darum handelt, einen vorhandenen Rechtszustand geltend zu machen und nicht darum, einen solchen herbeizuführen oder zu verändern. Nunmehr steht der Einwand der vollzogenen Aufrechnung in Parallele zum Einwand der Erfül-

[1]) Beim Spezialfall der Bürgschaft z. B. spricht dies das R. G. (62. 51) J. W. 1906. 11. ausdrücklich aus: Eine noch nicht vollzogene Aufrechnung fällt nicht unter die in Rede stehenden Einreden. S. Neumann Jahrb. V, zu § 768. Bem. 3.

lung, da in beiden Fällen die Tatsache des Erlöschens des Anspruchs lediglich geltend gemacht, aber nicht herbeigeführt wird.[1])

Ebensowenig wie die im vorstehenden behandelten Rechtsbehelfe der Aufrechnung, Anfechtung etc. kommen Wandelung und Minderung unter dem Gesichtspunkte der „Einrede" im Sinne unserer Abhandlung in Betracht. Das B. G. B. hat im § 462 Wandelung und Minderung ausdrücklich als Ansprüche construiert; sie sind also überhaupt keine Gegenrechte, weder Einreden im engeren Sinne, noch anspruchsvernichtende Einwendungen, scheiden also ohne weiteres aus der Fragestellung über die Zulässigkeit der „Einreden" aus dem Rechte des Dritten aus. Soweit dagegen Wandlung und Minderung gemäss § 478 B. G. B. auch einredeweise geltend gemacht werden können, kommen sie für unsere Abhandlung gar wohl in Betracht.

Ebenso ist das Wahlrecht des Schuldners aus § 263 B. G. B. aus der Fragestellung nach der Zulässigkeit der Einreden aus dem Rechte Dritter auszuscheiden, denn auch dieses enthält, ebenso wie die bisher behandelten Fälle der Wandelung, Minderung, Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt eine selbständige Verfügung des Schuldners über die Schuld des Dritten. Ein derartiger Eingriff in fremde Rechte kann aber nicht zugelassen werden. Hierzu bemerkt mit Recht Pringsheim,[2]) dass dem Bürgen ein solches Recht nicht zustehe: „Denn dieses eigentliche Wahlrecht ist ein besonderes Recht des Schuldners, ent-

[1]) Vergl. Rappaport a. a. O. S. 30: „Was infolgedessen — nämlich dadurch, dass die Anfechtung und Aufrechnung im B. G. B. zu ausserprozessualen einseitigen Dispositivakten gestaltet worden sind — an „Einrede" noch von den rechtsverfolgenden Einreden der Anfechtung und Aufrechnung übrig geblieben ist, das ist eine rein anspruchsverneinende Einrede, welche auf die Tatsache des ausserprozessual durch Anfechtung oder Aufrechnung herbeigeführten Anspruchsunterganges hinweist."

[2]) Beim Spezialfall der Bürgschaft. Gruchot's Beitr. 53. 13 (S. 20 ff.)

springt nicht dem Schuldverhältnis aus inneren Gründen; seine Ausübung enthält eine Verfügung über das Schuldverhältnis, zu der der Bürge so wenig wie zur Aufrechnung, Anfechtung, Wandelung befugt ist.“ Ebenso auch Oertmann[1]): „Wenn der Bürge auch die Einreden des Hauptschuldners gebrauchen darf, so steht ihm doch nicht das Recht zu, selbständig über die Schuld zu verfügen, etwa durch Ausübung des Wahlrechts bei Wahlschulden, Vollziehung eines Rücktritts, einer Wandelung oder Minderung“[2]).

Rappaport[3]) weicht in seiner Definition des Begriffes der Einrede im Sinne des Satzes: „Die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist unzulässig“ insofern von Stammler ab, als er auch die blosse Leugnung der Klagetatsachen unter den Begriff der Einrede fasst. Zu dieser Ansicht gelangt er auf dem Wege einer historischen Betrachtungsweise, die, wie früher ausgeführt, allerdings die einzig richtige ist. Mit Recht bemerkt er, dass die Sonderuntersuchung über den Begriff der Einrede aus dem Rechte des Dritten eine möglichst weite Formel für die Einrede verlangt, da es doch gelte, einen Satz zu prüfen, der einer Zeit entstamme, die noch nicht zwischen den einzelnen Verteidigungsmitteln des Beklagten unterschieden und die jedes Vorbringen des Beklagten, auch soweit es blosse Leugnung der Klagebehauptungen enthielt, als Einrede angesehen habe. Gleichwohl muss aber die blosse Klageleugnung als ausserhalb des Begriffs der Einrede im Sinne unseres Satzes liegend angesehen werden, da die Einrede aus dem Rechte des Dritten, weil sie als solche notwendig die Bezugnahme auf die Rechtslage eines Dritten voraussetzt, begrifflich das Vorbringen des Beklagten, das sich als blosses Bestreiten der Klagetatsachen darstellt, ausschliesst. Das Bestreiten der Klagetatsachen zielt darauf ab, die Klage als von vornherein

[1]) Zu § 768 Bem. 5, R. d. Schuldverh.

[2]) Vergl. auch Matthiass, Lehrb. § 131 III E; ferner Mot. S. 663 u. Westerkamp, Bürgsch. u. Schuldbeitr. S. 442.

[3]) a. a. O. S. 35.

unbegründet erscheinen zu lassen und nicht erst infolge Geltendmachung einer Einrede des Beklagten oder eines Dritten. Soweit es sich um ein blosses Bestreiten handelt, ist also die Bezugnahme auf die Rechtslage eines Dritten, wie sie die Erhebung der Einrede aus dem Rechte des Dritten enthält, begrifflich ausgeschlossen.

Für unseren Satz ist daher mit Stammler gegen Rappaport[1]) die Einrede aus Gründen der Logik enger zu fassen, als die Zeit es tat, der der Satz entstammt, jedoch weiter, als die Einrede im heutigen technischen Sinne: Sie umfasst sowohl die Einwendung wie die Einrede, schliesst aber die Klageleugnung und die blossen Möglichkeiten, einen begründeten Anspruch wieder aufzuheben, wie Aufrechnung, Anfechtung, Wandlung u. s. w. aus. Begriff und Grenzen der zulässigen Einreden aus dem Rechte des Dritten sind daher

---

[1]) Rappaport (S. 17) schickt seiner Arbeit eine längere Erörterung über den Begriff der Einrede im heutigen technischen Sinne voraus mit der Begründung, die Prüfung des Satzes „die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist unzulässig" verlange eine präzise Stellungnahme zum Begriff der Einrede. Wir folgen ihm auf diesen Wege nicht, da wir eine solche Abhandlung über den Begriff der Einrede als ausserhalb des Themas der Abhandlung liegend erachten. Rappaport selbst vertritt, wie früher ausgeführt, den Standpunkt, dass aus historischen Gründen unter Einrede im Sinne unseres Satzes jedes Vorbringen des Beklagten verstanden werden müsse. Es kommt daher für unsere Abhandlung garnicht darauf an, die Grenze zwischen Einrede und Einwendung zu ziehen, da ja jedes Vorbringen des Beklagten, soweit es nicht blosse Klageleugnung enthält, als Einrede im Sinne unseres Satzes anzusehen ist, und die zur Erörterung gestellte Frage eben die ist, ob das Vorbringen des Beklagten, das sich auf die Rechtslage eines Dritten bezieht, berücksichtigt werden kann, ohne Unterscheidung, ob das Vorbringen eine Einwendung oder eine Einrede enthält.

mit Stammler[1]) dahin zu bestimmen: es handelt sich um die Frage, ob und inwieweit der Beklagte gegenüber einem an sich begründeten Anspruch Einwendungen geltend machen kann, welche zunächst einem Dritten zustehen, die dieser also selbst hätte erheben können, wenn er mit der Klage belangt worden wäre. Hierbei ist unter Einwendung jedes Vorbringen zu verstehen, welches nicht Klageleugnung ist, welches also sowohl die Einwendung als die Einrede im heutigen Sinne umfasst, nicht jedoch die mehrfach erwähnten Möglichkeiten, einen begründeten Anspruch ganz oder zum Teil zum Erlöschen zu bringen, nämlich Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt vom Vertrag, Wandelung, Minderung, Wahl, bei Alternativschuld.

---

[1]) In gleicher Weise fasst auch Rauchenberger (S. 8) das Problem: „Der Beklagte bedient sich einer Einwendung aus dem Rechte eines Dritten oder gegen Dritte, wenn er zur Verteidigung gegen einen materiellen Leistungs- oder gegen einen Feststellungsanspruch Einwendungen vorschützt, welche einem anderen auf denselben Zweck ursprünglich verpflichtet gewesenen oder gleichzeitig Verpflichteten als Einwendungen zustehen würden, wenn er verklagt wäre, oder welche zwar dem in Anspruch genommenen selbst von Anfang an, aber ursprünglich oder gleichzeitig gegen einen anderen auf den gleichen Zweck berechtigten als den gegenwärtigen Kläger zustanden oder zustehen.“

II. Kasuistik.

Es ist schon früher hervorgehoben worden, dass es eine Eigenart unseres Themas ist, dass es die Erörterung eines umfangreichen kasuistischen Materials notwendig macht.[1]) Die Anordnung des Materials und die Reihenfolge, in welcher es zur Erörterung gelangen soll, muss sich der induktiven Methode, die unsere Abhandlung verfolgen muss, anpassen. Der Weg dieser Methode ist von Rappaport vorgezeichnet. Wir werden ihm bezüglich der Bestimmung der Reihenfolge der zur Erörterung gestellten Rechtsfälle im allgemeinen folgen und versuchen, die Anwendung unseres Satzes und seine Ausnahmen an dem vorhandenen Material zu prüfen und für die Ausnahmen einen möglichst einheitlichen Ausdruck zu finden.

1. Bürgschaft.

Es ist ein im modernen Recht allgemein anerkannter Satz, dass die Einreden des Hauptschuldners dem Bürgen zustehen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im § 768 den Grundsatz aufgestellt: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen.“ Dieser Satz ist von der Wissenschaft auf verschiedene Prinzipien zurückgeführt worden. Heute steht das Prinzip der Ac-

[1]) Für die Notwendigkeit einer rein kasuistischen Behandlung auch Herold a. a. O. S. 365: „Bei Forderungsrechten lässt sich wohl eine durchgreifende Regel darüber, ob eine Einrede demjenigen allein zustehe, auf welchen sie sich ursprünglich bezog, oder ob auch anderen, die an seiner Stelle belangt werden, nicht wohl aufstellen, sondern die Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse erfordert hierüber eine besondere Beurteilung.“

cessorietät unbestritten an der Spitze. Ihr Wesen wird treffend charakterisiert von Westerkamp[1]): „Die Wirksamkeit der accessorischen Verbindlichkeit ist in ihrem Entstehen und Bestehen in Abhängigkeit von einer anderen Verbindlichkeit, so dass sie deren Kraftfülle teilt, aber auch jeden Schwächegrad, so dass also auch das Recht gegen den accessorisch Verpflichteten immer zur Voraussetzung hat ein auf Herbeiführung des gleichen Erfolges gerichtetes Recht gegen den anderen Verpflichteten.“ Das Prinzip der Accessorietät hat auch seine Aufnahme in das Bürgerliche Gesetzbuch gefunden, wie dies ja auch in den Motiven und Protokollen wiederholt zum Ausdruck kommt; insbesondere sind die §§ 767 und 768 die Konsequenz dieses Prinzips. Das Wesen der Bürgschaft besteht in der begrifflichen Beziehung der Bürgschaft auf eine fremde Schuld. In engerer Begrenzung besagt dieses Prinzip, dass die Gültigkeit der Bürgschaft von der der Hauptschuld — begrifflich notwendig — abhängig ist, dass also die Ungültigkeit der Hauptschuld stets auch jene der Bürgschaft zur Folge haben müsse,[2]) und dass die bestehende Bürgschaft ihrem Inhalt und Umfang nach sich genau nach der Hauptschuld richte. Der Bürge will und soll nach dem massgebenden Parteiwillen für nicht mehr

---

[1]) Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 54.

[2]) Vergl. R. G. 63, 143, R. 06, 802 (s. Neumann Jahrb. No. 5 § 765 7 b): „Wenn die Hauptschuld nicht besteht, ist die Bürgschaft nichtig. Wenn jemand für die Verpflichtung seines Bruders, Kaution zu stellen, die Bürgschaft übernommen hat, der Bruder aber garnicht zur Kautionsstellung verpflichtet ist, so ist die Bürgschaft gegenstandlos.“ Zwar kann die Verpflichtung des Bürgen trotzdem rechtsgültig bestehen bleiben, wenn aus dem Parteiwillen hervorgeht, dass die Bürgschaft trotz Nichtigkeit der Hauptschuld gültig bleiben soll; es liegt dann ein rechtsverbindlicher Garantievertrag vor. So Eck-Leonhard. Dies ändert aber an dem Prinzip nichts, wie ja auch Eck S. 567 ausdrücklich betont: „Ist die Hauptschuld nichtig, erloschen oder entkräftet, dann existiert keine Bürgschaft mehr.“

und nicht weniger haften, als der Hauptschuldner[1]). „Die Bürgschaft legt dem Bürgen nicht lästigere Verpflichtungen auf, als die Schuld dem Hauptschuldner. Gläubiger und Hauptschuldner vermögen daher trotz entgegenstehender Ansicht den Bürgen durch internen Vertrag von den Begünstigungen nicht auszuschliessen, die eine spätere Vereinbarung dem Hauptschuldner einräumt, (z. B. nachträgliche persönlich dem Hauptschuldner gewährte Stundung.[2]) Gegen das Prinzip der Accessorietät wendet sich Rappaport[3]) mit der Begründung, dass der Gedanke, die Nichtigkeit der Hauptschuld ziehe jene der Bürgschaft nach sich, mit der Tatsache nicht vereinbar sei, dass der nachträgliche Untergang der Hauptschuld nicht auch jenen der Bürgschaft zur Folge habe. Er selbst versucht dann die Lösung des Problems auf einem anderen Wege und glaubt sie in dem Umstande gefunden zu haben, dass der gültige Bestand der Hauptschuld eine Voraussetzung für jenen der Bürgschaft ist.

Unter Voraussetzung versteht er „einen notwendigen Faktor eines Zweckes, ein Moment, dessen Mangel die Erreichung des Zweckes unmöglich erscheinen lässt.“ Sie erlangt ihre Bedeutung nicht schon dann, wenn sich herausstellt, dass sie nicht vorlag oder nicht eingetreten ist, sondern erst dann, wenn ein auf der Voraussetzuug beruhender rechtlich bedeutsamer Zweck zufolge nicht Vorhandenseins oder Nichteintritts der Voraussetzung unerreichbar geworden ist. In diesem Sinne ist nach Rappaport das Bestehen der Hauptschuld Voraussetzung für

[1]) Wie Herold S. 367 hervorhebt, hat der Bürge „alle dem Schuldner zustehenden Einreden und Vorteile desselben selbst wider den Willen desselben“, sodass er nicht weiter obligiert ist, wenn nur überhaupt ein Befreiungsgrund des Schuldners vorliegt. Allerdings beschränkt Herold u. E. mit nicht zutreffender Begründung diesen Satz im Sinne des weiter unten erwähnten Prinzips des zu vermeidenden Regresses.

[2]) S. Neumann, Jahrb. II 1 zu § 768. Vergl. auch die zutreffende Definition von Westerkamp S. 77.

[3]) a. a. O. S. 40.

die Gültigkeit der Bürgschaft, so dass also notwendiger Faktor des rechtlichen Zweckes der Bürgschaft — die Sicherung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner — der gültige Bestand dieses Anspruchs ist. U. E. stellt diese „Lösung" des Problems nur eine besondere Art der Umschreibung des Accessorietätsgedankens dar. Die Theorie der Accessorietät erblickt die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld in der begrifflichen Beziehung auf die Hauptschuld, sowohl ihrem Inhalte, als ihrer Existenz nach. Auch der Rappaport'sche Versuch konstatiert durch die Aufstellung des Grundsatzes: „Der gültige Bestand der Hauptschuld ist Voraussetzung für den der Bürgschaft" lediglich die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld ihrer Existenz nach. Nur gelangt er zu seinem Resultat auf indirektem Wege. Er geht von der Voraussetzung aus, dass die Unerreichbarkeit des ersten juristischen Zweckes, der geradezu zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gehöre, die rechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts aufhebe. Die Unerreichbarkeit des juristischen Zweckes der Bürgschaft, die Sicherung des Hauptanspruchs, erblickt er in dem mangelnden Bestande der Hauptschuld. So gelangt er zu dem Ergebnis, dass der mangelnde Bestand der Hauptschuld den Mangel der Gültigkeit der Bürgschaft herbeiführe, oder positiv ausgedrückt, dass der gültige Bestand der Hauptschuld Voraussetzung der Gültigkeit der Bürgschaft sei. Auch seine Theorie gipfelt daher ebenso wie die von der accessorischen Natur der Bürgschaft in der Annahme der begrifflichen Abhängigkeit der Bürgschaft von der Hauptschuld. Sein Bedenken, es wäre mit dem Gedanken, die Nichtigkeit der Hauptschuld ziehe die der Bürgschaft nach sich, nicht vereinbar, dass der nachträgliche Untergang der Hauptschuld nicht auch den der Bürgschaft zur Folge habe, müsste daher auch seinen Lösungsversuch treffen. Da nach seiner Theorie der Bestand der Hauptschuld eine Voraussetzung für den der Bürgschaft ist, so muss die Nichtexistenz der Hauptschuld — mag sie von vornherein vorhanden ge-

wesen sein oder erst nachträglich herbeigeführt sein, — ihr notwendiges Korrelat in der Nichtexistenz der Bürgschaft finden. U. E. besteht dieses Bedenken überhaupt nicht. Es ist durchaus nicht notwendig, anzunehmen, dass der nachträgliche Untergang der Hauptschuld nicht auch den der Bürgschaft zur Folge habe, es steht vielmehr der Annahme nichts im Wege, dass mit dem Erlöschen der Hauptschuld auch das der Bürgschaftsschuld unmittelbar eintrete. Ein Fingerzeig für die Lösung der Frage findet sich in der Bestimmung des § 767 B. G. B.: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldner geändert wird.“ Wenn auch in dem zweiten Satze, der nur, wie das Wort „insbesondere“ besagt, aus den unter den Rahmen des ersten Satzes fallenden Fällen einige Spezialfälle herausgreift, nur von dem Einflusse von „Veränderungen“ der Hauptschuld auf die Bürgschaft die Rede ist, so liegt doch kein Anlass vor, Satz 1 restriktiv dahin zu interpretieren, dass nur Veränderungen der Hauptschuld, nicht auch deren Untergang für die Bürgschaft massgebend seien. Es muss vielmehr angenommen werden, dass ebenso wie Veränderungen der Hauptschuld auch deren grösste Veränderung, nämlich deren Erlöschen von unmittelbarer materieller Wirksamkeit auf die Bürgschaftsschuld sei.[1])

Nur nach der prozessualen Seite hin ergibt sich ein Unterschied. Hat eine Hauptverbindlichkeit, auf die sich die Bürgschaft inhaltlich und begrifflich notwendig bezieht,

[1]) Daher z. B. R. G. J. W. 87: Erlass der Hauptschuld seitens des Gläubigers bewirkt Erlöschen der Bürgschaft trotz eines dem Bürgen gegenüber gemachten Vorbehalts. S. Neumann Jahrb. 7 § 768. 4. Ebendort Hallbauer (Bank. A 7. 338): „Der Bürge wird frei, wenn die ursprüngliche Verbindlichkeit durch Novation in eine neue verwandelt wird.“ — Mag auch in letzterem Falle dem Inhalte nach die alte Schuld bestehen bleiben, so gilt sie doch durch die Novation als wie durch sonstige Erfüllung untergegangen, und da der Bürge nur für die alte Schuld sich verbürgt hat, so wird er durch die Novation, die ein neues Schuldverhältnis schafft, frei.

niemals bestanden, so ist die auf Bürgschaft gestützte Klage wegen Fehlens einer klagebegründenden Tatsache a limine abzuweisen. Ist dagegen die Hauptschuld und infolgedessen auch die von ihr ihrer Existenz nach abhängige Bürgschaftsschuld untergegangen, so ist es Sache des Beklagten, die an sich begründete Klage mittels eines Einwandes, welcher die Geltendmachung des Erlöschungsgrundes wie Erfüllung, Aufrechnung etc. zum Gegenstand hat, zu schlagen. Im ersten Falle lassen die Klagetatsachen einen Schluss auf den Klageanspruch überhaupt nicht zu. Im zweiten Falle gilt es, den mit Recht aus den Klagetatsachen auf das Bestehen einer Bürgschaftsschuld gezogenen Schluss wieder aufzuheben, m. a. W. im ersten Falle erscheint die Klage von vornherein unbegründet, im zweiten Falle erst mittels einer Einrede. Diese Unterschiede betreffen lediglich das gerichtliche Verfahren. Materiell liegen beide Fälle insofern völlig gleich, als in beiden Fällen im massgebenden Zeitpunkt der Erhebung der Klage in Ermangelung einer Hauptschuld eine Bürgschaftsschuld nicht besteht; ob sie niemals bestanden hat, oder zwar bestanden hat, aber wieder untergegangen ist, ist materiell völlig gleichgültig. Denn nach Untergang einer Schuld ist die Rechtslage genau so, als ob die Schuld niemals bestanden hätte. Die prozessual verschiedene Behandlungsweise hat nicht etwa in einer materiellen Verschiedenheit der beiden Fälle ihren Grund, sondern beruht lediglich auf dem prozessualen Grundsatz, dass, wenn einmal eine Verbindlichkeit besteht, deren Fortbestand bis zum Beweise des Gegenteils vermutet wird, während für die Entstehung einer Verbindlichkeit keine Vermutung spricht. Dem entpricht auch der Sinn der von dem Beklagten gegenüber der Bürgschaftsklage erhobenen Einrede des Untergangs der Hauptschuld. Mit seiner Einrede stellt der Beklagte nicht etwa einem an sich begründeten Bürgschaftsanspruch ein Gegenrecht gegenüber, — um was für ein Recht sollte es sich hier auch handeln? — er macht vielmehr geltend, die Hauptschuld sei erloschen

und daher auch die von ihr abhängige Bürgschaftsschuld; die letztere bestehe also nicht, der Klageanspruch sei daher materiell unbegründet, der von den klagebegründenden Tatsachen auf den Klageanspruch zu ziehende Schluss sei zwar an sich gerechtfertigt, werde aber infolge der Geltendmachung der nachträglichen Tilgung der Hauptschuld wieder aufgehoben.

Hiermit glauben wir das Bedenken, welches Rappaport dem Prinzip der Accessorietät, d. h. der begrifflichen Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld entgegengestellt hat, ausgeräumt zu haben.[1]) Mit der Begründung des Prinzips der Accessorietät entfällt für uns die Pflicht, die sonstigen Theorien, welche für die Zubilligung der Einreden des Hauptschuldners aufgestellt sind, zu erörtern. Sie mögen aber immerhin eine kurze Würdigung finden:

Das schon von den römischen Juristen aus Billigkeits- und Zweckmässigkeitsgründen und zur Erklärung der mannigfaltigen Ausnahmen[2]) in den Quellen, die mit dem Accessorietätsprinzip unvereinbar gewesen wären, aufgestellte Prinzip des zu vermeidenden Regresses beruht auf folgender Erwägung.

Wird der Bürge aus der Bürgschaft in Anspruch genommen, so kann er sich mit der Regressklage bei dem Hauptschuldner erholen, der also stets in letzter Linie

---

[1]) Auch Oertmann Schuldverh. Bem. 1 Abs. 2 zu § 768 wendet sich gegen Rappaport's Auffassung und hält diesem entgegen, dass dann der § 768 neben § 767 überflüssig gewesen wäre. Mit Recht hebt Oertmann hervor, dass die einredebehaftete Schuld im Sinne des B. G. B. nicht einfach eine Nichtschuld sei. Aber andererseits sei sie eine entkräftbare Schuld, und das rechtfertige es, sie auch dem doch nur accessorisch haftenden Bürgen als entsprechend entkräftbare anzuerkennen. Besser führt somit Stammler die Einrede aus § 768 auf die nur abgeleitete, unselbständige Natur der Bürgschaftsschuld zurück.

[2]) Vergl. über diese Ausnahmen die Zusammenstellung bei Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 61.

mit der Zahlung belastet ist. Würde man nun dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners gegenüber der Bürgschaftsklage des Gläubigers nicht zubilligen, so würde die Folge sein, dass er zwar dem Gläubiger Zahlung zu leisten hätte, bei dem Versuche aber, den auf ihn übergegangenen Anspruch des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner geltend zu machen, auf die von diesem erhobene Einrede stossen würde. So würde also auf ihm die Zahlung, die doch eigentlich der Hauptschuldner zu leisten hätte, sitzen bleiben. Um diesen Erfolg zu vermeiden, sollen nach dem Regressprinzip dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zugebilligt werden. Ein Vertreter dieser Ansicht ist Girtanner[1]). Er billigt dem Bürgen auf Grund des Accessoritätsprinzips nur diejenigen Einreden zu, die zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung begründet waren aber auch diese nur dann, wenn sie dem Hauptschuldner im Zeitpunkt der Belangung des Bürgen noch zustehen; alles übrige stellt er auf den Regress ab und schützt den Bürgen nur des Hauptschuldners wegen.

Nach heutigem Recht kann aber das Regressprinzip nicht als der eigentliche Grund für die Zubilligung der Einreden des Hauptschuldners angesehen werden. Es liegt kein Anlass vor, die Bestimmung des § 768 B. G. B.: „Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen," im Wege der restriktiven Interpretation auf den — wenn allerdings auch Regelfall — zu beschränken, dass die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen übergeht. Darauf deutet auch äusserlich der Umstand hin, dass die Bestimmung des § 768 derjenigen des § 774 B. G. B., welcher von dem Uebergange der Hauptforderung auf den Bürgen handelt, vorangestellt ist. Hiermit scheint zum Ausdruck gebracht zu sein, dass die Bestimmung des § 768 auf den Bürgschaftsfall jeder Art Anwendung finden soll und nicht nur auf den Fall mit Uebergang der Hauptforderung. Auch weisst die äussere Trennung der Paragraphen — es sind

[1]) Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilr. S. 45, 73 ff., 384 ff., 486 ff.

5 Paragraphen eingeschaltet mit neuem selbständigem Inhalt — darauf hin, dass sie auch inhaltlich in keinem Zusammenhang stehen, welcher ja von der Regresstheorie insofern verlangt wird, als sie die Zubilligung der Einreden des Hauptschuldners an den Bürgen auf das Vorhandensein des Regressanspruchs gründet. Dass die Vermeidung der Vereitelung des Regressanspruchs nicht der Grund dafür ist, dass dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zugebilligt werden, geht auch ferner aus der Tatsache hervor, dass in vielen anderen Fällen, in denen jemand die Schuld eines anderen zahlt und nur auf Grund gesetzlicher Cession einen Regressanspruch gegen den Schuldner erlangt, von einem Uebergang der Einreden des Schuldners auf den Zahlenden aus Gründen des Regressanspruchs keine Rede sein kann.[1])

Eine von Mitteis[2]) aufgestellte Theorie führt den Uebergang der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen auf die Intentionen des Bürgen bei der Verbürgung zurück. Er billigt dem Bürgen bei den Einreden, welche auf einem subjektiven Dispositionsrecht beruhen, über dessen Ausübung der Hauptschuldner noch nicht entschieden hat (z. B. die Aufrechnung, Wandlung,) diejenigen Einreden zu, „in deren Tatbestand schon das liegt, dass der Hauptschuldner die Schuld nicht haben will." Er geht von der Voraussetzung aus, dass der Bürge sich nur für eine gültige Schuld und im Interesse des Hauptschuldners verbürgen will und stellt die Entscheidung darüber, ob dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zuzubilligen sind, auf die Beantwortung der Frage ab: Würde der Bürge bei Kenntnis der Verhältnisse, z. B.

[1]) Vergl. Stammler R. d. Schuldv. § 55 S. 200 ff. Auch Westerkamp a. a. O. S. 443 sagt: „Die früher weit verbreitete Annahme, dass nach gemeinem Recht dem Bürgen Einreden auf Grund des Hauptschuldverhältnisses nur wegen seines Regresses und nur unter Voraussetzung seiner Regressberechtigung zuständen, ist ausnahmslos beseitigt."

[2]) Iherings Jahrb. XXVIII S. 142 ff.

wenn er gewusst hätte, dass die Hauptschuld bezahlt oder verjährt war, u. s. w. sich verbürgt haben? Diese Frage beantwortet er mit „nein“ und begrenzt demgemäss die Haftung des Bürgen auf den Umfang seines eventuell, d. h. bei Kenntnis der Sachlage gebildeten Willens.[1])

Sein Resultat deckt sich im grossen und ganzen mit den Ergebnissen des Accessorietätsprinzips. Denn durchgängig charakterisieren sich die Einreden als solche, „in deren Tatbestand schon das liegt, dass der Hauptschuldner die Schuld nicht haben will.“ Von dem, welchem eine Einrede zur Seite steht, ist nämlich im allgemeinen anzunehmen, dass er sie in seinem Interesse, dem sie ja dienen soll, verwertet und sich nicht freiwillig zur Leistung erbietet. Eine Ausnahme dürfte wohl im allgemeinen (aus Anstandsrücksichten) die Verjährungseinrede machen.

Indem Mitteis den Bürgen nur insoweit haften lässt, als dieser es bei Kenntnis der evtl. auch später eintretenden Sachlage gewollt hätte, d. h. nur für eine absolute, durch keine Einrede beschränkte Hauptschuld, gelangt er so ziemlich zu demselben Ergebnis, wie die Accessorietätstheorie: Der Bürge kann die dem Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger zustehenden Einreden geltend machen.

Gegenüber seiner Deduktion ist aber zu bemerken, dass der Inhalt eines Vertrages sich nach dem zu be-

[1]) a. a. O. S. 145. In Bezug auf die Einreden, „in deren Tatbestand schon das liegt, dass der Hauptschuldner die Schuld nicht haben wolle“, führt er aus: „Hier ist objektiv die Obligation eine mangelhafte, es steht objektiv fest, dass der Hauptschuldner sie nicht will. Da nun anzunehmen ist, dass der Bürge sich nur für eine gültige Schuld im Interesse des Hauptschuldners verbürgen wollte, ist auch anzunehmen, dass er sich für diese Schuld bei Kenntnis der Verhältnisse nicht verbürgt haben würde, und, wenn er nachträglich von der exceptio hörte, sich sofort für frei hält. Denn dass der Schuldner seinen Willen ändern würde, darauf kann der Bürge natürlich nicht rechnen, er vertraut vielmehr auf den Willen des Schuldners, nichts schulden zu wollen und in diesem Vertrauen ist er nicht zu täuschen. Darum wird hier die exceptio auch dem nicht regresspflichtigen Bürgen gegeben.“

stimmen hat, was die Parteien beim Abschluss des Vertrages gewollt haben, und nicht nach dem, was sie gewollt hätten, wenn sie die ganze Sachlage gekannt und die erst später eintretenden Veränderungen der Sachlage vorausgesehen hätten. Denn sonst würde der Inhalt eines Vertrages jeweils überhaupt nicht zu bestimmen sein, da er stets noch durch nachträgliche Aenderung der Sachlage unter Berücksichtigung des vermutlich entprechend geänderten Willens eine Veränderung erfahren könnte.

Auch die von Geib[1]) hinsichtlich des Uebergangs der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen aufgestellte Theorie gründet sich auf die Intentionen des Bürgen bei der Verbürgung. Den Ausgangspunkt für den hiernach massgebenden Willen des Bürgen findet er in dessen Regressanspruch:[2]) „Der vom Fideiussor in Aussicht genommene Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner ist nur ein Symptom dafür, dass der Fideiussor dem Gläubiger nur für vollwirksame, nicht für exceptionsmässige Hauptschuld Sicherheit leisten, dass er also nicht sine contemplatione iuris praetorii die Bürgschaft eingehen wollte.“ Die Erwägung Geib's ist also die: Die Tatsache, dass der Bürge bei der Eingehung der Bürgschaft den Regress gegen den Hauptschuldner in Aussicht nimmt, beweist, dass er durch die Uebernahme der Bürgschaft den Interessen des Hauptschuldners nur insoweit dienen will, als dieser sich selbst nicht zu schützen vermag; die Bürgschaftspflicht entfällt, sobald der Hauptschuldner sich des Anspruchs des Gläubigers durch Erhebung einer Einrede zu erwehren vermag. Gegenüber dieser Erklärung ist schon zu bemerken, dass sie versagt in den Fällen der Bürgschaft, wo der Bürge einen Regress gegen den Hauptschuldner überhaupt nicht beabsichtigt, wo er z. B. mit der Bürgschaft dem Hauptschuldner eine Schenkung machen will oder in dessen Interesse auf den Regress

[1]) Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. S. 108 ff.

[2]) a. a. O. S. 109.

verzichtet. Sodann steht der Theorie Geib's die Tatsache entgegen, dass in den wenigsten Fällen der Bürge bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages schon den Willen hat, Regress zu nehmen.[1]) Die Regressnahme setzt voraus, dass der Bürge bereits aus der Bürgschaft von dem Gläubiger in Anspruch genommen worden ist. Der Bürge geht aber regelmässig bei Eingehung der Bürgschaft von der Voraussetzung aus, dass er nicht in die Lage kommen werde, an Stelle des zahlungsunfähigen Schuldners zu zahlen.[2]) Muss er ernstlich mit dieser Möglichkeit rechnen, so wird er die Uebernahme der Bürgschaft verweigern. Hat er aber Vertrauen in die Solvenz des Hauptschuldners, so wird ihm bei Uebernahme der Bürgschaft der Gedanke des Regresses fern liegen.

Sollte aber auch der Bürge tatsächlich den Regressgedanken bei Eingehung des Bürgschaftsvertrages haben, so kann diesem Umstande nicht ohne weiteres rechtliche Bedeutung beigemessen werden. Es genügt nicht, dass, um eine solche zu erlangen, der Regresswille des Bürgen von diesem lediglich innerlich gebildet, auch nicht, dass er bei Tätigung des Bürgschaftsvertrages geäussert wird. Vielmehr muss er, um rechtlichen Einfluss auf das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen zu haben, in dem Bürgschaftsvertrage seinen rechtlichen Ausdruck finden, d. h. die Konsequenz dieses Regresswillens, die Uebernahme der Haftung nur für exceptionsmässige Hauptschuld muss Gegenstand des Bürgschaftsvertrages werden. Zu diesem Zwecke müssen sich sowohl Offerte zur Bürgschaft wie Annahme durch den Gläubiger auf die Einschränkung der Haftung beziehen. Wie sollte aber der Gläubiger auf die Idee des Regresses kommen? Wie sollte er ferner aus der Absicht der Regressnahme auf die Absicht der Bürg-

[1]) Uebereinstimmend Rappaport a. a. O. S. 60.

[2]) Vergl. Neumann, Jahrb. II 1 Bem. 3b zu § 767: Im Zweifel ist davon auszugehen, dass der Bürge in der Regel die Bürgschaft in der Erwartung übernimmt, dass für den Gläubiger keine Veranlassung vorliegen werde, ihn in Anspruch zu nehmen.

schaftsbeschränkung auf die einredefreie Hauptschuld schliessen? Was sollte ihn bestimmen, die angeführte rechtliche Konsequenz des Regressgedankens gegen sich bindend festzulegen? — Für diese Fragen wird man vergebens die Antwort suchen.

Der vermeintlichen Inaussichtnahme des Regresses seitens des Bürgen kann daher keine symptomatische Bedeutung für den Willen des Bürgen, nur für nicht exceptionsmässige Hauptschuld Sicherheit zu leisten, beigemessen werden; sie kann lediglich eine zufällige Begleiterscheinung der Bürgschaftsübernahme sein.

Nach Widerlegung der Theorie des Regressanspruchs und der auf dem Willen des Bürgen zurückgeführten Theorien von Mitteis und Geib bleibt zur Erklärung des Uebergangs der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen die hier zunächst begründete Theorie der Accessorietät übrig, die auch in der modernen Literatur[1]) die herrschende ist.

So Bendix[2]): Die accessorische Natur der Bürgschaft ist anerkannt. Der Bürge hat nur für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, nicht für die den Gegenstand des Hauptvertrags bildende Leistung einzustehen. Deshalb kann der Bürge wie nach 310 I. 14 Preuss. A. L. R.[3]) auch die dem Schuldner zustehenden Einreden geltend machen z. B. die der Verjährung der Hauptschuld.

Die Theorie der Accessorietät mag daher zum Schluss dieses über die Bürgschaft handelnden Teiles der Abhandlung mit Stammler[4]) dahin präzisiert werden: Die Einreden des Bürgen aus der Person des Hauptschuldners werden dem Bürgen deshalb verliehen, „weil seine Pflicht, an sich eine selbständige Schuld, doch innerhalb unseres Zu-

---

[1]) S. Oertmann Schuldv. Vorbem. z. Bürgschaft 3 a.: „Die Bürgschaft, wie sie nach dem Vorbild des römischen Rechts überall ausgebildet ist, hat einen streng accessorischen Charakter."

[2]) Bendix Privatr. 482. Neumann Jahrb. I 1 zu § 768.

[3]) Strieth A. 34, 312, R. O. H. G. 20, 49,

[4]) Einrede S. 35.

sammenhanges in einem grundsätzlichen Abhängigkeitsverhältnis und einer Nebenrolle derartig besteht, dass sie all ihr Dasein auf das Bestehen einer Hauptpflicht stützen muss, ohne welche sie, die Nebenpflicht, ihrer eigenen Meinung nach gar keinen Sinnn haben würde."

Im Hinblick auf das Thema dieser Abhandlung wäre der gewonnene Satz dahin zu formulieren: Der Uebergang der Einreden des Dritten — des Hauptschuldners — auf den Bürgen ist gemäss dem Accessorietätsprinzip auf die begriffliche Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld zurückzuführen.

Die allgemeine Uebereinstimmung der Wissenschaft über das Prinzip der Accessorietät und die an sich klare Fassung der §§ 767, 768 B. G. B. haben nicht zu verhindern vermocht, dass über die Zulässigkeit einzelner Gegenvorbringen des Bürgen Zweifel entstanden sind.

Hierzu zählt vor allem der folgende in der Literatur viel erörterte Fall:

Kann der Bürge sich darauf berufen, infolge nachträglich eingetretener Unmöglichkeit der Hauptschuld sei diese erloschen und damit auch seine Bürgschaftsverbindlichkeit, wenn er selbst die Unmöglichkeit der Leistung des Hauptschuldners verschuldet hat? Diese interessante Frage ist in der Literatur Gegenstand lebhafter Erörterung. Die einen[1]) lassen in diesem Falle den Bürgen frei werden, indem sie sich streng an das Accessorietätsprinzip halten, wonach eben, ohne Unterschied, wie die

[1]) So Kisch (Unmöglichkeit S. 43 Anm. u. Besprechnng der Schrift von Titze über Unmöglichkeit, Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 44 S. 506 ff. S. 523) u. Herms; früher Schollmeyer 1. Aufl. S. 88 im Gegensatz zur 2. Aufl. S. 178 unter V 1 und vor allem Westerkamp a. a. O. S. 110 mit besonderer Begründung.

Hauptschuld untergegangen ist, der Bürge gemäss § 767 B. G. B. nicht weiter haftet, als der „jeweilige Bestand“ der Hauptschuld geht. Sie sehen keine Unbilligkeit darin, da ja der Bürge dem Gläubiger immerhin noch aus allgemeinen Schadenersatzgrundsätzen für die verschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung der Hauptschuld hafte.

Aus diesem Grunde haben auch die Motive[1]) die Aufnahme einer dem römischen Recht entsprechenden Bestimmung ablehnen zu sollen geglaubt, wie sie der Dresdener Entwurf[2]) enthielt: „Ist durch Verschuldung des Bürgen ohne Befriedigung des Gläubigers die Erlöschung der Hauptschuld herbeigeführt worden, so erlischt die Bürgschaft nicht mit der Hauptschuld.“ Diese Auffassung stösst aber da auf Schwierigkeiten, wo der Bürge trotz von ihm verursachter Unmöglichkeit nicht aus einem zivilrechtlichen Delikt dem Gläubiger haftbar ist. Das haben auch die Motive wohl empfunden, aber geglaubt, die Lösung dieser Schwierigkeit der Wissenschaft überlassen zu dürfen.

Gerechter und dem Wesen der Bürgschaft, als dem „Einstehen“ für die Erfüllung der Verbindlichkeit eines anderen, besser entsprechend ist die von der weitaus grössten Mehrzahl[3]) in der Literatur vertretene Ansicht, dass es den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspräche, wollte man den Bürgen gerade in dem Falle von seiner vertraglichen Pflicht befreien, wo er mehr als je zu ihrer Erfüllung verpflichtet ist. Im Gegensatz zur ersten Ansicht lassen sie trotz des Accessorietätsprinzips den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage trotz Nicht-mehr-Bestehens der Hauptschuld weiter haften und zwar mit Recht aus dem Grunde, weil über aller Konstruktion der für alles Recht grundlegende Grundsatz von Treu und

---

[1]) a. a. O. S. 666.

[2]) a. a. O. Art. 945.

[3]) So Matthiass, Lehrb. § 131 V. A. S. 368. Planck, B. G. B. Anm. 8 zu § 765. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Bem. 2b zu § 767. Dernburg, bürgerl. Recht S. 408 § 290, 1.

Glauben und auch vor allem der Parteiwille steht, der bei der Bürgschaft ganz unzweifelhaft dahin geht, dass der Bürge zur sorgsamen Vermeidung alles dessen verbunden ist, was die Erfüllung verhindern könnte.[1]) Einem aus § 767 oder 768 erhobenen derartigen Einwande könnte deshalb der Gläubiger mit Recht die replica doli entgegenhalten.[2]) Ein weiteres Eingehen auf diese umstrittene Frage liegt ausserhalb des Rahmens unserer Abhandlung. Für unsere Zwecke genügt das Resultat, dass alle Schriftsteller, mögen sie der einen oder der anderen Ansicht zuneigen, ausgehen von dem von uns als massgebend gefundenen Prinzipe der Accessorietät; die einen, indem sie die offenbare Unbilligkeit nicht scheuen, um die Konstruktion zu retten, die anderen, indem sie in gerechter Würdigung der Grundsätze von Treu und Glauben eine Ausnahme vom Prinzip — ohne dies deshalb umzustossen — zugestehen. Dies dürfte darum auch die einzig richtige Lösung der oben erwähnten von den Motiven der Entscheidung durch die Wissenschaft überlassenen Frage sein, so dass § 767 B. G. B. auch ohne Schaffung einer positiven Bestimmung, wie sie der Dresdener Entwurf vorsah, seinen Bestand haben kann, wenn nur die §§ 242 und 157 B. G. B. und vor allen auch der stets massgebende Parteiwille ihre gebührende Berücksichtigung finden.

Weiterhin hat die klare Fassung des § 768 Satz 1 B. G. B. nicht zu verhindern vermocht, dass Zweifel entstanden sind, ob der Bürge auch die dem Hauptschuldner persönlich zustehenden Einreden geltend machen könne, z. B. das beneficium competentiae beim Schenkungsversprechen. Gegen die Zulässigkeit dieser Einrede hat sich neuestens Radicke[3]) gewandt mit der Begründung, dass dadurch der Zweck des Bürgschaftsvertrages, dem

[1]) Vergl. Enneccerus, Bürgerl. Recht § 324, 1, 2.

[2]) Vergl. Oertmann, Recht der Schuldverh. z. § 767 Bem. 2b und Matthiass Lehrb. § 131 V A.

[3]) Radicke, Das beneficium competentiae des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme.

Gläubiger bei Unfähigkeit des Hauptschuldners zur Leistung Sicherheit zu gewähren, vereitelt und gegen die Norm des § 242 B. G. B. verstossen würde. Formell könne natürlich der Bürge auf Grund des § 768 B. G. B. geltend machen, dass der Hauptschuldner arm sei, jedoch werde diese Einrede zunichte gemacht durch eine replicatio doli. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass der Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung sich nach dem Parteiwillen richtet und dieser mangels genauer Bestimmung nach Treu und Glauben auszulegen ist. Nun kann es kaum zweifelhaft sein, dass es der Wille der Parteien nicht gewesen sein kann, dass, nachdem das Gesetz dem Hauptschuldner helfend beigesprungen ist, nun der Bürge die ganze Last der Verpflichtung tragen soll, lediglich um dem Gläubiger einen aus der Freigebigkeit des Hauptschuldners entsprungenen Vermögensvorteil zu bewahren, für den er keine Gegenleistung schuldet, so dass er auch beim Wegfall der Bürgenhaftung keinen Schaden erleidet. Deshalb ist der anderen überwiegend vertretenen Ansicht[1]) beizutreten, welche kein Bedenken trägt, unter Hinweis auf die Gültigkeit des Accessorietätsprinzips, die dem Hauptschuldner persönlich zustehenden Einreden dem Bürgen zuzubilligen.

Eine recht lebhafte Kontroverse[2]) ist über die Zulässigkeit der Wandelungs- und Minderungseinrede entstanden. Dass der Bürge natürlich nicht selbst wandeln und mindern kann, ist bereits oben[3]) dargetan worden. Es erübrigt sich für die Zwecke der Arbeit, auf diese Kontroverse näher einzugehen, die dem Bürgen teils die beiden Einreden aus § 478, teils nur die Wandelungseinrede versagt.[4]) Wir sehen kein Bedenken darin, dem

[1]) So Planck, Schuldv. Bem. 1 zu § 768, Matthiass, Lehrb. § 131 3 C., Westerkamp, a. a. O. S. 442.

[2]) Vergl. Oertmann, Schuldv. Bem. 2 zu § 768.

[3]) S. 7.

[4]) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Oertmann, Bem. 2b zu § 768 und die dort Zit.

Bürgen sowohl die Wandelungs- wie die Minderungseinrede aus § 478 zu gewähren[1]) und zwar sowohl vor wie nach der Verjährung der entsprechenden nur dem Hauptschuldner gegebenen Ansprüche, im letzten Falle als auch ein dem Hauptschuldner nach dem Wortlaute des § 478 zustehendes Leistungsverweigerungsrecht, also als eine echte Einrede aus dem Rechte des Dritten, im ersteren Falle als eine eigene, aufschiebende[2]) Einrede des Bürgen, dem nicht zugemutet werden kann, zu leisten, solange der Hauptschuldner noch durch Wandelung oder Minderung die Schuld aufheben oder vermindern kann.

Also auch die Wandelungs- und Minderungseinrede ist dem Bürgen zuzubilligen. Der Grund dafür liegt in dem Accessorietätsprinzip. Der Bürge soll für keine schwerere Schuld haften als der Hauptschuldner. Deshalb muss er auch die Möglichkeit haben, sich seiner Inanspruchnahme zu erwehren, solange der Hauptschuldner noch in der Lage ist, erleichternd auf die Schuld einzuwirken.

Trotz des Accessorietätsprinzips hat das Gesetz selbst zwei Ausnahmefälle geschaffen, in denen der Bürge für mehr haftet, als der Hauptschuldner verschuldet.

Der erste Fall ist der des § 768 Satz 2 B. G. B. „Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeiten nur beschränkt haftet.“ Diese Bestimmung bietet jedoch nur scheinbar eine Ausnahme. Zutreffend führt Oertmann hierzu aus: „Sie ist nur anscheinend eine Ausnahme, da in solchen Fällen die Verschmelzung von Nachlass und Erbenvermögen noch nicht durchgeführt oder wieder aufgehoben, Hauptschuldner weniger der Erbe, als die in gewissem Sinne noch selbständige Erbschaft ist“ So auch Westerkamp[3]): „§ 768 § 2 ist nur scheinbar eine Ausnahme von dem Prinzipe der Accessorietät der Bürgen-

[1]) So auch Planck, Bem. 10 zu § 770, Matthiass, a. a. O. § 131 E Anm. 2.

[2]) So auch Oertmann, a. a. O.

[3]) a. a O. S. 90.

haftung; denn es handelt sich in ihm nicht um eine Einrede des Hauptschuldners, um eine Einrede, die der Erbe als Inhaber des Vermögens des Hauptschuldners als dessen Repräsentant hat, sondern um eine Einrede, die der Erbe als gleichzeitiger Inhaber einer zweiten Vermögensmasse (seines eigenen, vom Nachlasse getrennten Vermögens) hat."

Eine wirkliche Ausnahme von dem Accessorietätsprinzip ist die Bestimmung des § 193 der Konkursordnung, wonach die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden. Hier ist also die Schuld des Hauptschuldners wesentlich verringert, und trotzdem haftet der Bürge in Höhe des ursprünglichen Bestandes. Es handelt sich aber hier um eine durch positive Gesetzesvorschrift geschaffene Sonderbestimmung. Die Notwendigkeit, eine solche Bestimmung aufzunehmen, spricht ebenfalls wieder für die Allgemeingültigkeit unseres Prinzips.

2. Succession.

Unter Succession versteht man den Eintritt einer Person in ein bestehendes Rechtsverhältnis an die Stelle einer anderen, die aus dem Rechtsverhältnis ausscheidet. Dieser Eintritt kann erfolgen entweder durch Uebertragung der Forderung von dem alten auf den neuen Gläubiger oder durch Uebernahme der Schuld durch einen neuen Schuldner an Stelle des alten. Für den ersten Fall — Uebertragung der Forderung — hat das Bürgerliche Gesetzbuch im § 404 die Bestimmung getroffen: „Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die z. Zt. der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren."

Für den zweiten Fall — Schuldübernahme — hat es die Vorschrift des § 417 aufgestellt: „Der Uebernehmer kann dem Cläubiger die Einwendungen entgegensetzen, die sich aus dem Rechtveshältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen."

Der erstere Fall — der Forderungsübertragung — scheidet hier aus, da es sich ja nicht um Einreden aus dem Rechte Dritter handelt. Die Einwendungen, die dem Schuldner gegenüber dem Zessionar zugebilligt werden, befinden sich und haben sich befunden ausschliesslich bei ihm und nicht bei einen Dritten. Nur insofern ist der Personenwechsel auf die Einwendungen von Einfluss, als an Stelle der Adresse des Zedenten noch die des Zessionars hinzugefügt wurde. Es hat also lediglich ein Wechsel in der Person desjenigen stattgefunden, der von den Einwendungen betroffen wird, nicht dagegen in der Person des Berechtigten. Es sind daher, soweit Einwen-

dungen des Schuldners in Frage kommen, ausschliesslich bei der Schuldübernahme Einreden aus dem Rechte des Dritten begriffsmöglich.[1])

Die Entscheidung der Frage nach dem Rechtsgrunde der Zulassung dieser Einreden aus dem Rechte des Dritten bei der Schuldübernahme steht im engsten Zusammenhang mit derjenigen nach dem Wesen der Succession, wie auch Oertmann[2]) hinsichtlich des § 417, 1 hervorhebt: „Der § 417 ist eine eigentlich selbstverständliche Folgerung aus dem bei der Schuldübernahme anerkannten Successionsprinzip.“ Das Wesen der Succession liegt in der Identität[3]) der Obligationen vor und nach Eintritt der neuen Personen. Daher Stammler[4]): „Die Verpflichtung des Uebernehmers ist von demselben Inhalte, wie die Verpflichtung des Schuldners war; sie ist ihrem objektiven Bestande nach identisch mit der Schuld des alten und ausscheidenden Schuldners.“ Doch ist die Identität der beiden Rechtsgebilde keine vollständige, denn sie weichen insofern von einander ab, als in dem einen Falle der alte Gläubiger bezw. der alte Schuldner, in dem anderen Falle der neue Gläubiger bezw. der neue Schuldner Träger der Obligation sind. Völlige Identität liegt nur dann vor, wenn sämtliche Merkmale des einen Rechtsgebildes sich auch bei dem anderen finden, so dass also infolge der absoluten Uebereinstimmung der Merkmale das eine Rechtsgebilde als identisch mit dem anderen angesehen werden muss. Da aber die Subjekte einer Obligation zu ihren wesentlichen Bestimmungsmerkmalen gehören, sie aber infolge des Wechsels der Personen, infolge Uebertragung der Forderung oder Schuldübernahme eine Veränderung erfahren haben, kann bei der Succession von einer abso-

[1]) Vergl. Rappaport, a. a. O. S. 85.

[2]) Schuldverh. zu § 417.

[3]) Vergl. Motive II zu § 314 S. 142: . . . an die Stelle des alten Schuldners tritt unter wesentlicher Aufrechterhaltung der Identität des Schuldverhältnisses ein neuer Schuldner.

[4]) Schuldverhältnisse S. 212.

luten Identität der Obligation vor und nach Eintritt der Personen in die Forderung bezw. Schuld keine Rede sein.[1]) Hier wird vielmehr die Identitätsbestimmung auf eine Begrenzung der individualisierenden Merkmale zurückzuführen sein:[2]) man sieht beide Rechtsgebilde als identisch an, weil beide denselben Grund und im Falle der Uebertragung der Forderung denselben Gläubiger haben und abstrahiert von dem Erfordernis für die absolute Identität des Schuldners im ersten, des Gläubigers im zweiten Falle. Diese Bestimmung des Wesens der Succession dahin: es handelt sich um einen Wechsel der Person des Schuldners bei gleichbleibender Obligation,[3]) ermöglicht ohne weiteres die Entscheidung der Frage, aus

---

[1]) Vergl. Planck, B G. B. II. Vorbem. zur Schuldübernahme 1: „Das Wesen der Schuldübernahme besteht darin, dass an die Stelle des bisherigen Schuldners ein anderer Schuldner tritt, dass im übrigen aber das Schuldverhältnis unverändert bleibt." Ferner Neumann, Jahrb VIII § 414, 4: „Die Schuldübernahme ist nach jetzigem Recht ein mit der Wirkung der Succession in die bestehenbleibende Schuld bekleideter Akt."

[2]) Vergl. Rappaport, a. a. O. S, 73: „Wenn ich meine Geige mit einer neuen Saite bespanne, meinem Stock einen neuen Griff, meinem Degen ein neues Heft, meiner Pistole einen neuen Hahn gebe, so entsteht auch hier die Identitätsfrage, deren Beantwortung im gewöhnlichen Leben keine Schwierigkeiten macht. Niemand bedenkt sich, Geige, Stock, Degen und Pistole noch immer zu demselben Gegenstand zu erklären, trotzdem ein Bestandteil gewechselt hat. Die Identität des Individuums wird hier durch die unverändert gebliebenen Bestandteile getragen und Zweifel an der Identität unterliegen bei dem unkritischen Beobachter vor der Gleichheit der Gesamtvorstellung von dem realen Gegenstande."

[3]) Vergl. Kah, Puchelts Z. 30 S. 333 (s. Neumann I, 1 § 415 b): „Trotz des Wechsels in der Person des Schuldners bleibt die bisherige Schuld bestehen." Natürlich kann in solchen Fällen, wo die Schuld mit der Person des Schuldners unlöslich verknüpft ist, wie z. B. bei Schulden auf Genugtuung (s. Matthiass Lehrb. § 101 III A) von einer gleichbleibenden Obligation, somit auch von einer Schuldübernahme aus naheliegenden Gründsn keine Rede sein.

welchem Grunde dem neuen Schuldner gegen den Gläubiger die anspruchsverneinenden Einreden des bisherigen Schuldners zugebilligt werden. „Die anspruchsverneinende Einrede ist eine Tatsache, welche durch ihr Bestehen den Bestand des behaupteten Anspruchs ausschliesst.“ [1]) Der diese Einrede erhebende Beklagte macht geltend, der Anspruch bestehe nicht, und zwar entweder, weil er überhaupt nicht zur Entstehung gelangt sei, — z. B. im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Vertragsschliessenden — oder zwar bestanden habe, aber wieder erloschen sei, z. B. durch Erfüllung, Aufrechnung etc. Hat der Anspruch im Zeitpunkt des Uebertragungsaktes bezw. des Schuldübernahmeaktes des vermeintlichen Schuldners nicht bestanden, so kann er selbstverständlich nicht übergehen, es kann sich in ihm kein Schuldnerwechsel vollziehen. Es liegt hier also überhaupt keine Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis vor, vielmehr macht hier der Schuldner den Mangel einer eigenen Verpflichtung geltend, indem er behauptet, die übertragene Forderung bezw. die übernommene Schuld habe im Zeitpunkt der Abtretung bezw. der Uebernahme der Schuld nicht bestanden, es fehle daher eine wesentliche Voraussetzung seiner eigenen Verpflichtung, nämlich die Existenz der übertragenen Forderung, bezw. der übernommenen Schuld. Die Tatsache z. B. der Erfüllung, welche der Beklagte geltend macht, ist zwar auch und zwar zunächst auf das Verhältnis des früheren Gläubigers zum Schuldner bezw. des Gläubigers zum früheren Schuldner von Einfluss gewesen, insofern als sie das zwischen den beiden geknüpfte Rechtsband wieder auflöste, aber der aus der Schuldübernahme belangte Beklagte macht die auf diese Tatsache gestützte Einrede nicht als eine dem bisherigen Schuldner zunächst zustehende, sondern als eine eigene geltend, weil die Tatsache der Erfüllung das unmittelbare Hindernis der Entstehung einer eigenen Verpflichtung für ihn aus dem Uebertragungsakt bezw. Schuldübernahmeakt war.

[1]) Rappaport, a. a. O. S. 83.

Die Schuldübernahme ist nach der herrschenden Ansicht ein Rechtsgeschäft mit unmittelbarer dinglicher Wirkung;[1]) sie führt den beabsichtigten Erfolg durch sich selbst, nicht erst vermittels der Begründung einer Verpflichtung herbei. So führt v. Blume[2]) treffend aus: „Der Vertrag — zwischen den beiden Schuldnern — ist nicht ein besonders gearteter „Vertrag zu Rechten eines Dritten". weil die Schuldübernahme ein abstrakter Successionsvertrag ist, durch die der Rechtsgrund der Forderung des Gläubigers unberührt bleibt, während der Vertrag zu Rechten Dritter eine Forderung mit selbständigem Rechtsgrunde schafft." Aehnlich definiert Silbermann[3]): „Die Schuldübernahme ist keineswegs eo ipso ein Schuldversprechen . . . . vielmehr ist der Rechtsgrund, das Bestehen einer fremden Verbindlichkeit, materieller Vertragsbestandteil." Die Schuldübernahme ist also dann logisch unwirksam, wenn die Schuld, hinsichtlich deren ein unmittelbarer Schuldnerwechsel erfolgen soll, im Zeitpunkt der

[1]) So Oertmann, Vorbem. V zur Schuldübernahme.

[2]) Zur Lehre von der Schuldübernahme. S. 390 ff.

[3]) Schriftform bei der kumulativen Schuldübernahme. S. 365 ff.

Dagegen meint Martinius (Die Form der kumulativen Schuldübernahme, S. 181 ff.): „Die kumulative Schuldübernahme ist so wenig wie die privative ein dinglicher oder abstrakter Vertrag. (Trotz Mot. II, 143). Der Gläubiger wird zu einer Gegenleistung (Befreiung des Urschuldners Zug um Zug mit der Erfüllung des Schuldübernehmers) verpflichtet. Von dem Zwecke, welchen der Schuldübernehmer mit der Uebernahme verfolgt, wird als keineswegs abstrahiert." Zu dieser Streitfrage, ob die Schuldübernahme ein abstrakter Vertrag ist oder nicht, bemerkt mit Recht Oertmann, (Vorbem. z. Schuldübernahme) dass dieser Streit unfruchtbar sei, weil darin beide Teile Recht haben. „Die Uebernahme ist abstrakt, insofern ihre Gültigkeit unabhängig ist gegenüber dem ihr zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis zwischem dem Urschuldner und Uebernehmer. Aber sie ist darum keineswegs eine abstrakte Schuldbegründung, wie die Akte der §§ 780, 781, sondern nur die Fortsetzung oder Verstärkung einer bereits bestehenden Schuld, deren inhaltlicher Charakter als Kauf- und Darlehensschuld u. s. w. dadurch keineswegs ausgelöscht wird."

Schuldübernahme nicht existiert. Denn hier hat die Existenz der Schuld beim Uebernehmer die frühere Existenz der Schuld beim alten Schuldner zur Voraussetzung.[1])

[1]) Stammler Einrede S. 72, vertritt der hier vertretenen Auffassung gegenüber die Ansicht, es handele sich um Einwendungen, die der neue Schuldner als dem alten Schuldner zustehende geltend mache: „Es liegt eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten vor. Der jetzige Schuldner macht eine Einrede geltend, welche einem Dritten zustand, und von diesem hätte vorgebracht werden können, wenn er belangt worden wäre. Es war eine Einrede des Dritten, deren sich nun der jetzige Beklagte bedienen kann.“ Er meint, dass der Einwurf, dass es sich bei der Schuldübernahme um dieselbe Schuld handele, nicht gegen seine Konstruktion sprechen könne, denn schliesslich sei es doch immer eine neu entstandene Beziehung, die zwischen dem jetzt Verpflichteten und seinem Gläubiger obwalte, wenn sie sich allerdings auch inhaltlich mit der früheren Schuld decke. Stammler's Einwand stellt im Grunde genommen die Identität der beiden Rechtsgebilde vor und nach der Schuldübernahme in Frage. In Beziehung auf diese Frage ist bereits oben (S. 31 ff.) bemerkt worden, dass allerdings von einer Identität im absoluten Sinne nicht die Rede sein könne. Denn diese beruht auf einer Identität sämtlicher Bestimmungsmerkmale beider Rechtsgebilde, während hier infolge des durch die Schuldübernahme eingetretenen Personenwechsels die Bestimmungsmerkmale, soweit sie in den Personen der Schuldner bestehen, gewechselt haben. Doch kommt es hier auf die absolute Identität nicht an, sondern nur auf die Identität derjenigen Merkmale, die die Vertragsparteien als die Identität der beiden Rechtsgebilde bestimmend angesehen haben. Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, dass der Wille der Parteien bei der Schuldübernahme dahin geht, dass eine bestehende Schuld, und zwar als bestehende übertragen werden soll, nicht dagegen dahin, dass eine bestehende Schuld zunächst untergehen und dann zwischen den Vertragsparteien eine neue Schuld mit gleichem Inhalt wie die alte Schuld begründet werden soll. Indem nun die Parteien ihren Willen auf die Uebertragung der Schuld, nicht auf die Errichtung einer neuen Schuld richten, sehen sie von dem Erfordernis der Identität der Personen des Schuldners in beiden Rechtsgebilden vor und nach der Uebertragung ab, m. a. W. sie wollen die Identität der beiden Rechtsgebilde auch ohne absolute Identität sämtlicher Bestimmungsmerkmale als vorhanden

Der Schuldübernehmer, der die Nichtexistenz der Schuld im Zeitpunkte der Uebertragung behauptet — mag die Schuld überhaupt nie existiert haben, oder z. B. durch Erfüllung seitens des Urschuldners zum Erlöschen gebracht sein — macht also die Rechtsunwirksamkeit des Schuldübernahmevertrages wegen Nichtexistenz der übernommenen Schuld geltend, er erhebt also eine Einrede, die unmittelbar sein Verhältnis zum Gläubiger betrifft und nicht aus dem Verhältnis des Urschuldners zum Gläubiger „herübergeholt" ist. Allerdings kann dieselbe Einrede schon durch den Urschuldner vor der Schuldübernahme erhoben werden, aber das Verhältnis der beiden zu einander ist so: Die Existenz der Einrede auf Seiten des Urschuldners ist Voraussetzung für deren Existenz auf Seiten des Uebernehmers, sie sind aber nicht identisch. Der Schuldübernehmer macht sie nicht als fremde, sondern als eigene geltend

Auf die Frage, ob und inwieweit dem Schuldübernehmer auch die rechtsverfolgenden und die rechtshemmenden Einreden des Urschuldners zustehen, gibt die Bestimmung des § 417 B. G. B. keine sichere Antwort. Der Begriff, den das B. G. B. mit dem Wort „Einwendung" verbindet, ist ein verschiedener: das eine Mal begrenzt er sich auf die anspruchsverneinende Einrede, das andere Mal umfasst er auch die Einrede im engeren zivilrechtlichen Sinne. Würde man unter „Einwendung" im Sinne der angeführten Bestimmung nur die anspruchsverneinende Einrede verstehen, dann schieden die Einreden der Verjährung, der Stundung und a. m. aus, was wohl nicht als den Absichten des Gesetzes entsprechend

angesehen wissen. Es liegt also nach dem massgebenden Willen der Parteien eine juristische Identität vor. Hierauf und nicht auf die absolute Identität kommt es aber an. Mit dem Nachweise dieser juristischen Identität der beiden Rechtsgebilde ist somit die auf die mangelnde Identität begründete Ansicht Stammler's, dass eine eigentliche Einrede aus dem Rechte eines Dritten vorliege, widerlegt.

angesehen werden kann. Im weitesten Sinnn gedacht würde die Einwendung aber das Anfechtungsrecht des Urschuldners, sein Wandlungs-, Minderungs-, Aufrechnungsrecht, überhaupt jedes Leistungsverweigerungsrecht umfassen. Dass eine solche Ausdehnung des Einwendungsbegriffes im Sinne der angezogenen Bestimmung unzulässig wäre, liegt auf der Hand.[1])

Es muss daher der Begriff dieser „Einwendung" in anderer Weise bestimmt werden. Hierbei ist wieder auszugehen von dem Gedanken der Identität der beiden Rechtsgebilde vor und nach der Schuldübernahme. Sind beide identisch, dann muss die Schuld nach der Uebertragung genau so beschaffen sein, wie vorher; war sie also mit einer Einrede „behaftet"[2]) vor der Schuldübernahme, so muss sie es auch nachher sein. Wann ist eine Schuld mit einer Einrede „behaftet"? Hier scheidet zunächst die anspruchsverneinende Einrede, mag sie eine rechtshindernde oder rechtsvernichtende sein, aus. Denn diese Einrede zielt darauf ab, den Anspruch als nicht begründet erscheinen zu lassen, indem sie entweder geltend macht, der Anspruch sei überhaupt nicht zur Existenz gelangt — z. B. durch Geisteskrankheit eines Vertragsschliessenden — oder er sei wieder untergegangen, z. B. durch Erfüllung. Sie wendet sich also gegen die Existenz des Anspruchs selbst, und kann ihm daher begrifflich unmöglich „anhaften". Diese Einrede beruht zwar auch auf der Identität der beiden Rechtsgebilde, aber wie oben ausgeführt, insofern, als die Existenz der übertragenen Schuld

[1]) Stammler, Einrede, S. 72, berührt diese Frage nicht. Rappaport a. a. O. S. 92 ff. begnügt sich mit der Bemerkung, dass der Begriff „Einwendung" im Sinne des § 417 B. G. B. sich nicht mit der Einwendung im engeren oder weiteren Sinne decke und überlässt es der Praxis, die richtige Grenze zu suchen.

[2]) Vergl. Motive II S. 146: „Aus dem Prinzipe der Sondernachfolge folgt, dass, gleichwie der Schuldner bei der Forderungsübertragung gegen den neuen Gläubiger, so bei der Schuldübernahme der neue Schuldner gegen den Gläubiger zu allen Einwendungen befugt ist, welche an der Forderung haften.

im Zeitpunkt der Uebertragung Voraussetzung für die Entstehung der Schuld auf Seiten des Schuldübernehmer ist.

Auch bezüglich der rechtsverfolgenden Einreden kann von einem „Behaftetsein" der Schuld nicht die Rede sein.[1]) Sie sind wie z. B. das Aufrechnungs-, Wandelungs- und Minderungsrecht Rechte, die abseits des Anspruchs stehen und ihn materiell nicht berühren. Erst dann, wenn der Berechtigte die ihm eingeräumte rechtliche Möglichkeit verwirklicht, wenn er also z. B. aufrechnet, wandelt oder mindert, findet eine Einwirkung auf den Anspruch insofern statt, als er entweder vernichtet, oder — wie bei der Minderung — seiner Höhe nach betroffen wird.[2]) Vorher stehen sich Anspruch und Recht auf Minderung, Aufrechnung etc. selbständig gegenüber, d. h. sie beeinträchtigen einander nicht, wenn sie auch in einer solchen Beziehung zu einander stehen, dass der letztere durch einseitigen Rechtsakt des Berechtigten zu einer Beeinträchtigung des Anspruchs führen kann.

Dasselbe gilt auch von dem Zurückbehaltungsrecht. Hier stehen Forderung und Zurückbehaltungrecht unabhängig nebeneinander. Die Forderung wird in ihrem Bestande in keiner Weise durch das Zurückbehaltungsrecht berührt, m. a. W., die Forderung ist dieselbe, mag ihr ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber stehen oder nicht. Zwar besteht eine Beziehung zwischen Zurückbehaltungsrecht und Forderung zum Nachteil der letzteren, aber sie

[1]) Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, kommt zu demselben Resultat: „Der Schuldübernehmer kann dem Gläubiger trotz § 417 rechtsverfolgende Einreden nicht entgegensetzen."

[2]) Vergl. Kah, S. 339 (s. Neumann zu § 417 2a.): „Entsprechend der Erfassung der Aufrechnung als Erlöschungsgrund einer Verbindlichkeit zufolge einseitiger, der acceptilatio nicht bedürfender aussergerichtlicher Willenserklärung gegenüber dem anderen, kann der Uebernehmer eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung nicht zur Aufrechnung bringen. Hatte hingegen der Schuldner die Aufrechnungserklärung abgegeben, so kann der Uebernehmer die daraus sich ergebende Einwendung dem Gläubiger entgegenhalten."

ist bloss äusserer Natur. Dieser Gedanke findet auch in der üblichen Redeweise: „Das Zurückbehaltungsrecht steht der Forderung entgegen“ seinen Ausdruck. Es bleiben hiernach nur noch die Einrede der Verjährung, Stundung und ähnliche übrig. Diese „haften“ in der Tat dem Anspruch an. Durch sie wird der Anspruch unmittelbar affiziert.[1]) Die Einrede der Verjährung im materiellen Sinne ist tatsächlich nichts anderes, als die Tatsache des die Verjährung herbeiführenden Zeitablaufs. Mit dem Ende der Verjährungsfrist ist der Anspruch ein anderer geworden; aus dem vollgültigen Anspruch ist ein verjährter geworden. Darum wird auch die Tatsache der Verjährung im Sprachgebrauch in Beziehung auf den Anspruch durch ein Adjektivum ausgedrückt, weil die Verjährung eines Anspruchs eine Eigenschaft, eine Modifikation desselben bedeutet. Dasselbe gilt von der Stundung; vielleicht tritt hier die modifizierende Wirkung des die Stundungseinrede begründenden Rechtsaktes noch mehr in die Erscheinung. Die Vereinbarung der Stundung macht einen fälligen oder bald fällig werdenden Anspruch zu einem noch nicht fälligen. Sie modifiziert also den Anspruch dahin, dass seine rechtliche Verwirklichung innerhalb der Stundungsfrist ausgeschlossen sein soll. Während das Recht der Aufrechnung, Wandelung, Minderung als solches in einer subjektiven Befugnis, durch rechtwirksame Betätigung den Anspruch zu beeinflussen, besteht, betreffen Verjährung und Stundung unmittelbar den Anspruch. Solange die fraglichen Rechte nicht verwirklicht sind, lassen sie den Anspruch unberührt. Sind sie aber verwirklicht, dann haben sie den Anspruch zum Erlöschen gebracht. Der Beklagte, der die vollzogene Aufrechnung, Wandelung etc. geltend macht, beruft sich aber nicht auf das Aufrechnungs- oder Wandelungsrecht, — denn dies ist ja durch Verwirklichung erloschen,

[1]) Vergl. Matthiass, Lehrbuch § 70 C: „Die materiellrechtliche Bedeutung der Einrede zeigt sich darin, dass der Anspruch schon dadurch, dass ihm eine Einrede entgegensteht, rechtlich afficiert wird.“

– sondern auf das durch die Verwirklichung herbeigeführte Erlöschen des Anspruchs.[1]) Diese Berufung ist aber nichts anderes, als die Geltendmachung der rechtsverneinenden Einrede. Als Modifikation des Anspruchs kann daher nur die Verjährung und Stundung in Frage kommen.

Von dem Gedanken der Identität ber beiden Rechtsgebilde ausgehend, haben wir nunmehr die Grenzen der Einwendung im Sinne des § 417 B. G. B. dahin festgelegt: Diese Einwendung umfasst sowohl die anspruchsverneinende Einrede, — weil die Uebertragung der Schuld auf den Uebernehmer das Bestehen der Schuld im Zeitpunkt der Uebertragung voraussetzt, — wie die Einrede der Verjährung, Stundung u. A., weil diese den Bestand der übernommenen Schuld betreffen und daher ihr anhaften. Dagegen scheiden die rechtsverfolgenden Einreden, wie die Einreden des Zurückbehaltungsrechts, der Aufrechnung, Anfechtung etc. aus.[2])

[1] Daher auch mit Recht Kah a. a. O. S. 340: „Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann der Uebernehmer nicht zur Aufrechnung bringen. Dagegen kann er, wenn der Schuldner die Aufrechnungserklärung vor der Uebernahme gegenüber dem Gläubiger schon abgegeben hatte, diesem die daraus sich ergebende Einwendung entgegenhalten."

So auch Planck, § 417 Bem. 2 und Tränkner, Sächs. Arch. VII. 604 (s. Neumann I zu § 417).

[2]) Die Frage, ob sonstige äussere oder Billigkeitsgründe für die Zulassung der rechtsverfolgenden Einreden sprechen, ist zu verneinen. Wollte man dem Schuldübernehmer diese Einreden zubilligen, so würde man ihm einen schweren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre gestatten. Hierfür kann kein ausreichender Grund vorliegen.

Rappaport a. a. O. S. 102 ff. erörtert ferner noch die Frage, inwiefern der Schuldübernehmer Einwendungen aus seinem Verhältnis zum Urschuldner dem Gläubiger entgegensetzen könne. Diese Frage scheidet aber für die vorliegende Abhandlung aus. Es handelt sich dort nicht um Einreden aus dem Rechte eines Dritten, sondern um solche, die ausschliesslich und unmittelbar für den Berechtigten begründet sind, und es wird nur die Frage erhoben, ob sie nur den Urschuldner oder auch den Gläubiger betreffen Die Frage ist die, ob der Schuldübernehmer Einreden, die er dem Urschuldner entgegensetzen kann, auch gegenüber dem Gläubiger geltend machen kann; sie betrifft also nicht das Subjekt der Einrede, sondern deren Objekt. Der Schuldübernehmer macht also, wenn er eine aus seinem Verhältnis zum Urschuldner hergeleitete Einrede gegenüber dem Gläubiger erhebt, eine eigene Einrede

geltend, nur richtet er sie gegen eine andere Person (Gläubiger), als gegen welche sie ursprünglich begründet war (Urschuldner). Es liegt also eine Einrede gegen Dritte im technischen Sinne vor. Auch die weiter von Rappaport a. a. O. S. 93 ff. erörterte Frage, ob bei der Zession der Drittschuldner dem Zessionar Einreden aus dem Verhältnisse zwischen diesem und dem Zedenten entgensetzen kann, betrifft nicht die Frage der exceptio ex jure tertii. Von einer solchen kann deshalb nicht die Rede sein, weil hier überhaupt keine Einrede auf Seiten des Dritten vorliegt. Rappaport hat hier besonders die Fälle der Ungültigkeit der Zession wegen Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten, Simulation etc. im Auge. Die Tatsache der Ungültigkeit der Zession begründet aber für den Zessionar überhaupt keine „Einrede". Das notwendige Korrelat einer Einrede ist ein Anspruch, da eine Einrede nur in Bezug auf einen erhobenen Anspruch gedacht werden kann. Aus der Ungültigkeit der Zession folgt aber für den Zedenten überhaupt kein Anspruch; das ergibt sich aus der dinglichen Natur der Zession. Ist die Zession ungültig, also unwirksam, dann hat keine Uebrtragung der Forderung stattgefunden, vielmehr ist in dem Subjekt der Forderung überhaupt kein Wechsel eingetreten. Deren Inhaber ist nach wie vor der Zedent; seine Rechtslage hat sich infolge der ungültigen Zession in keiner Weise geändert, es kann daher nicht die Rede davon sein, dass er im Wege der Verwirklichung eines Anspruchs die Folgen der rechtsunwirksamen Zession rückgängig machen müsste, da die Zession wegen ihrer Ungültigkeit Rechtsfolgen überhaupt nicht gehabt hat. Kann kein „Anspruch" geltend gemacht werden, so kann auch begrifflich nicht von einer „Einrede" die Rede sein, da, wie bereits oben betont, eine Einrede sich immer gegen einen Anspruch wendet. Sie macht geltend, entweder der Anspruch bestehe nicht, oder es sei ihm seine Rechtswirksamkeit zu versagen. Es ist daher unrichtig, wie Rappaport a. a. O. S. 94 es tut, von rechtsverfolgenden „Einreden zu sprechen, welche die Tatsache geltend machen, dass die Zession überhaupt nicht oder nicht gültig stattgefunden habe." Es ist somit dargetan, dass es sich bei der Geltendmachung der Ungültigkeit der Zession durch den Schuldner gegenüber dem Zessionar überhaupt nicht um die Erhebung einer dem Zessionar zustehenden Einrede handelt. Eine Einrede aus dem Rechte des Dritten, d. h. die Geltendmachung einer einem „Dritten" zustehenden Einrede, — vergl. die Definition des Begriffs „Einrede aus dem Rechte eines Dritten" S. 5 — liegt hier somit begrifflich nicht vor.

Nach der prinzipiellen Seite der Frage nach den Einreden aus dem Rechte eines Dritten möge das Ergebnis dieses Teiles der Untersuchung dahin fesgelegt werden: Die Einwendungen des Urschuldners gegenüber dem Gläubiger stehen dem Schuldner deshalb zu, weil die Schuld, in die der neue Schuldner eingetreten ist, identisch mit der Schuld ist, wie sie zwischen dem Gläubiger und dem alten Schuldner bestand, jedoch nimmt sie der neue Schuldner nicht etwa aus dem Rechte des Urschuldners heraus — woher sollte dieser auch noch irgendwelche Rechte haben, da er ja mit dem Augenblick des abstrakten Schuldabgabevertrages in keiner Beziehung mehr zum Gläubiger steht? — sondern er macht die Einreden als eigene, aus seinem Schuldverhältnis zum Gläubiger, ihm selbst zustehende geltend.

Wie bei der Bürgschaft, so sind auch bei der Schuldübernahme Zweifel entstanden, ob nicht trotz der Bestimmung des § 417 B. G. B Ausnahmen zuzulassen seien, obwohl solche im Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehoben worden sind. Bejaht wird diese Frage allgemein [1]) bezügl. der höchstpersönlichen Einreden. Schwieriger ist die Beantwortung der Frage, ob der Schuldübernehmer auch die dem Urschuldner zustehende Notbedarfseinrede entgegensetzen kann. Wir möchten sie mit Westerkamp[2]) verneinen, obwohl sie keine[3]) rein persönliche ist. Auch Westerkamp erkennt an, dass sie „dem Rechte nach auf den Schuldübernehmer übergehen müsse." Dennoch sei es möglich, dass sie dem alten Schuldner zugestanden habe und bei dem neuen wenigstens keine Wirkung mehr übe. Er begründet seine Ansicht wie folgt: „Denn zu dem die Einrede gewährenden Recht müssen

[1]) Vergl. Matthiass § 101 III B. 1. a. Westerkamp a. a. O. S. 435.
[2]) a. a. O. S. 336.
[3]) So Matthiass a. a. O. Anm. 3.

sie begründende tatsächliche Verhältnisse hinzukommen; und diese bleiben höchstpersönlich, lassen sich nur aus der Vermögenslage des jeweiligen Schuldners beurteilen. Nicht ihr Dasein, wohl aber ihre Wirkung schöpfen sie auch nach B. G. B. aus höchst persönlichen Verhältnissen und es scheint mir ausser Zweifel zu sein, dass die tatsächliche Begründung der Einrede von dem Zeitpunkt der Schuldübernahme an auch bezüglich des neuen Schuldners nur seiner Vermögenslage entnommen werden kann.“ Somit könne also tatsächlich der Urschuldner eine wirksame Einrede aus § 519 haben, ohne dass sie der Beigetretene habe. Wir möchten zur Begründung unseres gleichen Resultates noch folgendes hinzufügen: Wir gingen von der Identität der Schuld vor und nach ihrem Uebergang aus und sahen das für die Itentität allein wesentliche Moment in dem Gleichbleiben der Obligation ohne Rücksicht auf die Personen der Schuldner. Wir gingen also davon aus, dass der Personenwechsel in den Schuldnern unwesentlich sei (tatsächlich wird er es auch in fast allen Fällen einer erfolgten Schuldübernahme sein, da sonst gewiss der Gläubiger seine Zustimmung nicht erteilen würde) der Personenwechsel ist aber dann durchaus nicht unwesentlich, wenn die Schuld von den Schultern des verarmten Schuldners auf die eines Zahlungskräftigeren genommen werden soll. In diesem Falle sind die Personen der Schuldner für den Inhalt des Schuldverhältnisses so wesentlich, dass man hier nicht wohl von einem „Gleichbleiben der Obligation trotz Schuldnerwechsels“ sprechen kann.

3. Anweisung.

Die Erörterung über die Anweisung betrifft nur die negative Seite unseres Themas. Sie soll Aufschluss darüber geben, warum hier bei der Dreiheit der Rechtsbeziehungen — Delegant zum Delegat, — Delegat zum Delegatar, — Delegatar zum Delegant, — der Delegat, welcher die Anweisung angenommen hat, dem Delegatar nicht diejenigen Einwendungen entgegensetzen kann, die dem Deleganten gegen diesen zustehen. Der Grund hierfür liegt, wie auch Oertmann[1]) hervorhebt, in dem Wesen der Anweisung, welches darin besteht, dass die Anweisung in ihrer reinen Ausprägung, wie sie die Verkehrssicherheit erfordert, ein von dem Rechtsverhältnis zwischen Delegant und Delegatar losgelöstes Abstraktum ist. So führt Klingmüller[2]) aus: Die Annahme der Anweisung ist ein abstraktes Geschäft wie jedes andere. Das Verhältnis zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger findet nicht seine Ergänzung, seine causa in dem Auftragsverhältnis zwischen Anweisendem und Angewiesenem, sondern der Anweisungsempfänger erhält ein von letzterem Verhältnis unabhängiges selbständiges Recht, lediglich durch die constitutive und formelle Kraft des Anweisungsaccepts.[3])

[1]) Schulderh. § 784 Bem. 4 p.

[2]) Begr. d. Rechtsgr. 81 ff. S. Neumann Jahrb, I 1 § 784.

[3]) Vergl. auch Riehl, Die Anweisung: „Anweisung und Annahme sind zwei von einander zu trennende selbständige Rechtsgeschäfte. Eine Annahme der Anweisung gibt es überhaupt nicht. Die Erklärung des Angewiesenen ist eine selbständige Verpflichtungserklärung, mit der er dem Anweisungsempfänger die angewiesene Leistung in der Weise verspricht, dass in ihrem Verhältnis zu einander dieses Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, ganz unabhängig von der Anweisung. s. auch Motive S. 557 u. Oertmann Vorbem. z. Anweisung 3.

Der Delegatar weiss zwar, dass der Delegat die Anweisung annimmt, um eine Leistung an den Deleganten zu machen — insofern kommt also bei der Annahme der Anweisung das Verhältnis des Deleganten zum Delegaten zur Geltung — aber im Verhältnisse des Delegaten zum Delegatar gelangt die causa des Delegaten zum Deleganten, ob ersterer mit der Leistung eine Verpflichtung gegenüber dem Deleganten erfüllen, ihn beschenken will usw., nicht zum rechtlichen Ausdruck. Den abstrakten Charakter der Delegation hat v. Salpius[1]) treffend charakterisiert: „Ihre Bedeutung erhält sie nur durch die Veranlassung, wetche A (der Delegant) zum Ganzen gegeben hat. Das heisst: B, der Delegat, will dem C weder schenken, noch leihen, noch bezahlen; C, der Delegatar will von dem B weder Geschenk, noch Kredit, noch Bezahlung haben. Die Absicht beider beschränkt sich darauf, im Interesse des A, des Deleganten, zu geben und zu nehmen. B, indem er auf Grund der Anweisung des A gibt, ist sich bewusst, seine Zuwendung indirekt dem A selber zu machen. C, indem er die ihm von A delegierte Leistung annimmt, ist sich bewusst, indirekt von A selber zu empfangen. In diesem gemeinschaftlichen Bewusstsein allein besteht die Willensübereinstimmung zwischen B dem Geber, und C, dem Empfänger.“ Da aber für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses nur der Inhalt des begründeten Rechtsgeschäfts in Frage kommen kann, in dieses aber die causa des Deleganten zum Delegatar nicht aufgenommen wurde, so ist eine Bezugnahme auf diese ausgeschlossen. Einwendungen, die der Delegant aus seinem Rechtsverhältnisse zum Delegatar herleitet, können als ausserhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Delegatar und Delegat liegend von ersterem nicht geltend gemacht werden. Aus derselben Ueberlegung sieht auch Oertmann[2]) in „solchem Einwand eine unstatthafte exceptio

[1]) S. 42 ff. S. Rappaport S. 117. v. Salpius, Novation u. Delegation.

[2]) Schuldverh. § 784 Bem. 4 b Abs. 2.

ex jure tertii.“ So führt auch Matthiass[1]) aus: „Der Angewiesene kann dem Anweisungsempfänger nicht solche Einreden entgegenstellen, „die sich aus dem Verhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden, oder des Anweisenden zum Anweisungsempfänger, also aus dem Deckungs- und Valutaverhältnis ergeben. Solche Einwendungen sind nur statthaft, wenn sie aus der Anweisung oder dem Inhalte der Annahmeerklärung hervorgehen. Ist in der Anweisung oder in der Annahmeerklärung der rechtliche Zweck, Schuldgrund, erwähnt, so ist es eine Auslegungsfrage, ob und inwieweit die Einreden aus dem zu Grunde liegenden Verhältnisse erhalten bleiben. Die Angabe des zu Grunde liegenden Verhältnisses kann auch lediglich orientierenden, nicht disponierenden Charakter haben.“ Auch von Thur[2]) kommt in seiner eingehenden Darstellung von der Lehre der Anweisung zu dem Resultat, dass dem Delegaten Einwendungen aus dem Valutaverhältnis, da die Anweisung von diesem prinzipiell unabhängig ist, ausdrücklich versagt sind. Er behandelt insbesondere den Fall, wo es sich bei der Einrede des Angewiesenen um eine vom Gesetz reprobierte causa handelt, Spiel oder turpis causa mit beiderseitiger Unsittlichkeit. Er bekämpft mit zutreffender Begründung eine im Bd. 52 No. 11 abgedruckte Reichsgerichtsentscheidung, in welcher dem Wechselacceptanten die Einrede gegeben wird, dass der Wechsel von dem Aussteller wegen einer Spielschuld des Remittenten gezogen sei. Er hebt mit Recht hervor, dass die Begründung des Reichsgerichts, trotz der Einkleidung des Geschäfts in Wechselform handele es sich schliesslich doch um nichts anderes, als wenn der Acceptant sich für die Spielschuld verbürgt oder sie übernommen hätte, nicht haltbar sei, weil Bürgschaft und Schuldübernahme kausale Verpflichtungen seien, während Wechsel und Anweisung vom Valutaverhältnis unabhängig seien. Er hebt mit Recht die viel zu

[1]) Lehrbuch, § 135 II A. 3. b.

[2]) v. Thur, z. Lehre von der Anweisung II 2.

weit gehenden Konsequenzen einer derartigen Gleichstellung von Anweisung und Bürgschaft und Schuldübernahme hervor und verweist auch auf den Widerspruch einer solchen Auslegung mit dem Wortlaut des B. G. B. hin: „Könnte man diese Bestimmungen des Gesetzes (§ 62 W. O. § 784 B. G. B.) einfach damit bei Seite schieben, dass man konstatiert, materiell liege die Sache nicht anders, als bei Bürgschaft oder Schuldübernahme, so könnte der Acceptant eines Wechsels oder einer Anweisung nicht nur die Spieleinwendung, sondern alle möglichen Einwendungen aus der Person des Ausstellers erheben. Da dies durch die Struktur der Anweisung und die positive Vorschrift des § 784 ausgeschlossen ist, so muss es im Prinzip dabei bleiben, dass der Acceptant Einwendungen aus dem Valutaverhältnis nicht erheben kann.“ Anders liegt die Sache, wenn die causa des Rechtsverhältnisses zwischen Delegant und Delegatar in die Anweisung aufgenommen wurde und durch die Annahme Gegenstand des zwischen dem Delegat und dem Delegatar geschlossenen Vertrages geworden ist. (Sogenannte titulierte Anweisung). Dadurch ist sie von Einfluss auf deren Rechtsverhältnis geworden. Werden nunmehr hier Einwendungen, welche die causa betreffen, erhoben, dann wurzeln sie unmittelbar in dem Verhältnis des Delegaten zum Delegatar. Der Delegat macht sie daher gegenüber der Klage des Delegatars aus der Anweisung als eigene geltend, weil sie auf seinem Verhältnis zum Delegatar beruhen. Zwar stehen dieselben Einwendungen stets auch dem Deleganten gegenüber dem Delegatar zu. Aber der Umstand, dass sie diesem zustehen, reicht für sich allein noch nicht aus, sie auch dem Deleganten einzuräumen. Es muss vielmehr eine Bezugnahme auf die causa als den Inhalt des Verhältnisses des Delegaten zum Delegatar bestimmend erfolgt sein, m. a. W. die causa muss als Bestandteil des Vertrages zwischen den genannten Contrahenten in die Anweisung aufgenommen sein.

Wenn wir also von dieser besonderen Art der (titulierten) Anweisung absehen, in der eine scheinbare Einrede aus dem Rechte des Dritten möglich ist, so kommen wir zu dem Resultate, dass bei der Anweisung der Delegat Einreden aus dem Rechte des Delegaten zum Delegatar nicht geltend machen kann.

4. Verträge zu Gunsten Dritter.

Wie bei der Anweisung, so ist auch bei den Verträgen zu Gunsten Dritter zur Beantwortung der Frage, ob Einreden aus dem Rechte des Dritten möglich oder zulässig sind, von dem Wesen dieser Verträge auszugehen.

Das Wesen des Vertrages zu Gunsten Dritter besteht darin, dass der Promittent dem Promissar eine Leistung an einen Dritten Begünstigten verspricht, und zwar so, dass dieser ein selbständiges Recht auf die Leistung erwirbt. Kann nun der Promittent aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Promissar und dem Begünstigten eine Einwendung entnehmen? Das B. G. B. hat darüber keine Bestimmung getroffen. Die Vorschrift des § 334 B. G. B. bejaht nur die Frage, ob der Promittent Einwendungen, die ihm an sich nur gegen den Promissar zustehen, auch gegenüber dem Dritten erheben kann. Sie betrifft also die Frage nach der Zulässigkeit der Einrede gegen Dritte und kommt daher für die vorliegende Abhandlung nicht in Betracht.

Die Beantwortung der Frage, ob und evtl. aus welchen Gründen nicht dem Promittenten die Einreden des Promissars gegenüber dem Begünstigten zustehen, verlangt eine Erörterung der Frage nach dem Rechtsgrunde der Verpflichtung des Promittenten gegenüber dem Begünstigten. In dieser Hinsicht sind 2 Auffassungen möglich, welche jede ihre Vertreter gefunden haben. Die eine[1]) erblickt den Rechtsgrund des selbständigen Rechts des Dritten in dem Versprechen des Promittenten als einseitigen Rechtsakt. Nach dieser Ansicht würden 2 selbständige Verpflichtungen des Promittenten einerseits gegenüber dem Promissar, und andererseits gegenüber dem Be-

[1]) Stammler, Recht der Schuldverh. S. 35.

günstigten, vorliegen, die jede ihren besonderen Rechtsgrund hätten: Die erstere im Vertrage, die letztere im einseitigen Rechtsakt des Promittenten gegenüber dem Begünstigten. Die Konsequenz dieser Auffassung wäre die Annahme einer völligen Unabhängigkeit beider Verpflichtungen von einander, so dass die eine, trotz Ungültigkeit, trotz Erlöschens der andern weiter fortbestehen müsste.[1]) Die auf der Hand liegende Unhaltbarkeit einer solchen Konsequenz, die das Interesse des Promissars an der Leistung gänzlich unbeachtet liesse, beweist die Unrichtigkeit der Annahme, aus der sie hergeleitet wird.

Es muss daher für die Verpflichtung des Promittenten in ihrer doppelten Beziehung ein einheitlicher Rechtsgrund verlangt werden. Diesen erblickt mit Recht auch die zweite Theorie in dem Vertrage. Das Recht des Dritten entsteht ebenso, wie das des Promissars unmittelbar aus dem Vertrage zwischen Promittent und Promissar. Beide Rechte haben also ihren Entstehungsgrund unmittelbar und ausschliesslich in dem Willen der Vertragsparteien, der dahin geht, dass das Recht auf Leistung sowohl für den Promissar wie für den Dritten kraft des Vertragswillens als Gesamtakt begründet werden soll.

Hellwig[2]) erblickt mit Recht in dem Vertrage zwischen Promittent und Promissar einen einseitigen Rechtsakt der Vertragschliessenden, „der nur die Eigentümlichkeit habe, dass er nicht aus dem einseitigen Willen des Stipulanten, ebensowenig und noch weniger aus dem einseitigen Verpflichtungswillen des Versprechenden, sondern aus der Vereinigung der beiden Willen entstehe und insofern als ein Gesamtakt bezeichnet werden könne.“ Diese Ansicht hat auch in dem Wortlaut des § 328 B. G. B., welcher die Begriffsbestimmung des Vertrages zu Gunsten Dritter enthält, ihren Ausdruck insofern gefunden, als es dort heisst, dass „durch Vertrag“ eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden könne, dass

[1]) Rappaport, a. a. O. S. 136.
[2]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. S. 256 ff.

der Dritte unmittelbar das Recht erwerbe, die Leistung zu fordern. Uebrigens ist die Auffassung Stammlers[1]) nur in der Konstruktion verschieden, im Resultat dagegen gleich. Er sieht die Entstehung des Rechts des Dritten zwar auch als in dem Vertrage, jedoch nicht in diesem allein begründet. Es sind zwei[2]) geschiedene Schuldverhältnisse anzunehmen. „Das eine besteht zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger, das zweite zwischen jenem und dem Dritten. Das erstgenannte gründet sich auf einen Vertrag, bei dem zweiten liegt kein Vertrag vor, sondern wir müssen für seinen Entstehungsgrund uns nach anderer juristischer Tatsache umsehen. Und endlich kann jenes erste gegenseitig sein, während das Schuldverhältnis zwischen Versprechendem und Drittem immer nur einseitig ist, bloss den letzteren berechtigt und den anderen nur bindet." Nachdem nun Stammler die sich aufdrängende Frage, welches von den beiden Schuldverhältnissen denn als das massgebende anzusehen ist, dahin entschieden hat, dass der Inhalt des zwischen Promittenten und Promissar geschlossenen Vertrages sowohl für diesen wie auch für die Verpflichtung des Promittenten gegenüber dem Dritten massgeblich[3]) ist, kommt er zu demselben Resultat wie wir: „Das unmittelbare Recht des Dritten gründet sich auf das von dem Promittenten abgegebene Versprechen, welches jenem gegenüber eine einseitige Willenserklärung ist. Diese

[1]) Recht der Schuldverhältnisse S. 165.

[2]) a. a. O. S. 171.

[3]) a. a. O. S. 171: „Grundlegend ist das Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger; angegliedert ist das einseitige Schuldverhältnis zwischen dem Ersten und dem Dritten". Ferner S. 172: „Der Vertrag aber bildet dabei den grundlegenden Tatbestand. Die einseitige Willenserklärung zu Gunsten des Dritten ist von ihm abhängig".

muss nach dem B. G. B. allerdings innerhalb eines Vertrages mit einem Versprechensempfänger abgegeben werden.“ Er meint, für die Durchführung des Schuldverhältnisses, das zwischen dem Versprechenden und dem Dritten entstanden sei, müsse gerade auf jene einseitige Erklärung für sich gesehen werden, weil nämlich das Forderungsrecht des Dritten niemals weitergehe, als das innerhalb des Vertrages abgegebene einseitige Versprechen des Promittenten für ihn reiche. (Daher habe auch der Dritte die Beweislast.) Es ist aber nicht einzusehen, warum denn das in dem Vertrage an den Promissar abgegebene Versprechen als an den vorläufig noch gänzlich ausserhalb stehenden Dritten als einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen sein soll, während es doch natürlicher und konstruktionell mindestens ebensogut zulässig ist, anzunehmen, dass das an die Adresse des Promissars gerichtete, den Vertragsinhalt bildende Versprechen des Promittenten es ist, woraus dem Dritten sein Recht erwächst. Auch Planck[1]) sieht keine Schwierigkeit darin, anzunehmen, das kraft positiver gesetzlicher Vorschrift der obligatorische Vertrag zwischen dem Versprechenden, wenn und soweit die Parteien es wollen, zugleich die Wirkung zu Gunsten des Dritten habe, dass dieser ein selbständiges Recht gegen den Versprechenden erhalte. Warum sollte nicht auch das B. G. B. einen Vertrag schaffen können, aus dem einem Dritten, Unbeteiligten, ein Recht entsteht, wenn zwei andere Vertragschliessende es wollen? Stammler selbst sieht sich zur Stützung seiner Konstruktion genötigt, ein einseitiges Rechtsgeschäft anzunehmen, „das hier ausnahmsweise (G. B. § 305) in besonders umgrenzter Art Rechtswirkung be-

[1]) Schuldverh. a. a. O. 3. Tit. 1.

sitzt.“ [1]) Wie gesagt, kommt aber Stammler zu demselben Resultat wie wir, nämlich, dass das Recht des Dritten durch den in dem Vertrage niedergelegten massgebenden Willen der Vertragsparteien begründet und seiner Existenz und seinem ganzem Umfange nach von diesem Vertragsinhalte abhängig ist.

Die dargelegte Auffassung liefert den Schlüssel zur Lösung der Frage. Hat das selbständige Recht des Dritten, ebenso wie das Recht des Promissars seinen Rechtsgrund in dem Vertrage des Promittenten mit dem Promissar, so kann es durch ausserhalb des Rechtsverhältnisses zwischen Promittenten und Begünstigten liegende Umstände nur insoweit beeinflusst werden, als sie in dem Vertrage ihren rechtlichen Ausdruck gefunden haben. Denn bei der Abwicklung der Rechtsverhältnisse kann einer gegen den andern nur das geltend machen, was gemeinsam zur Grundlage ihrer Rechtsbeziehungen gemacht wurde. Nun pflegt aber die causa der Zuwendung, die der Promissar gegenüber dem Dritten machen will, ob er ihn beschenken, eine Schuld an den Dritten tilgen, ihm Geld kreditieren will, usw. nicht in den Vertrag aufge-

[1]) Gegen Stammler Oertmann Schuldverh. zu § 328, 2: „Das Recht des Dritten beruht unmittelbar auf dem Vertrage, ebenso wie das des Promissars; für eine besondere einseitige Erklärung des Schuldners neben dem Vertrage als seiner Grundlage liegt kein Anhalt, auch kein Bedürfnis vor. Das entspricht auch der bisherigen Doktrin (s. Gareis S. 245) und dem Wortlaut von Absatz 1. Die gegenteilige Konstruction von Stammler S. 173 kann nicht überzeugen. So auch die meisten. S. Enneccerus S. 451, Schollmeyer No. 2, Hellwig S. 256, der zwar — wohl Recht — annimmt, dass es sich dem Dritten gegenüber um eine einseitig wirksame (weil von seiner Mitwirkung unabhängige) Verpflichtungserklärung handele. Aber sie beruht nur auf dem Zusammenschluss der beiderseitigen Parteiwillen, nicht allein dem Willen des Versprechenden.“ Ebenso gegen Stammler neuestens Matthiass a. a. O. § 87 II B.: „Der Versuch, den Erwerb des Forderungsrechtes des Dritten nicht aus dem Vertrage der Parteien, sondern aus einem einseitigen Rechtsgeschäft des Versprechenden herzuleiten, hat keine Stütze im Gesetz“.

nommen zu werden. Dass sie zum Bestandteil des Vertrages gemacht werden kann, dass z. B. der Promissar vom Promittenten versprechen lässt, die Leistung an den Dritten nur dann zu bewirken, wenn damit eine Leistung des Promissars an den Dritten bewirkt werden kann, usw. kann keinem Zweifel unterliegen. Dann natürlich könnte der Promittent dem Dritten diese Einrede aus dem Vertragsinhalte entgegensetzen. Sie würde dann aber keine Einrede aus dem Rechte des Dritten darstellen, sondern eine im Vertrage selbst begründete eigene Einrede des Promittenten. Aber die Aufnahme der causa zwischen dem Promissar und dem Dritten in den Vertrag wird regelmässig nicht erfolgen, weil dem Promittenten die Umstände, welche die Rechtsbeziehung zwischen Promissar und Drittem betreffen, z. B. der Promissar zahlt an den Dritten, der Dritte erlässt ihm die Schuld, ohne besondere Mitteilung nicht bekannt zu werden pflegen. Das Versprechen der Leistung an den Dritten ist daher ebenso wie das des Delegaten an den Delegatar in seiner völligen Unabhängigkeit von dem Verhältnis des Promissars zum Dritten ein Abstraktum. Zwar ermangelt die Leistung des Promittenten an den Dritten nicht der causa; sie liegt in dem Verhältnis des Promittenten zum Promissar. Er leistet in Erfüllung eines Auftrages des Promissars, in Erfüllung eines mit dem Promissar abgeschlossenen Kaufvertrages die verkaufte Sache an den Dritten usw. Aber was den Promissar zum Abschluss des Vertrages „bestimmt“ hat, ob er im Wege der Leistung durch den Promittenten dem Dritten eine Schenkung, eine Zahlung machen wollte, usw., das hat nicht seine Aufnahme in den Vertrag gefunden. Sind hiernach regelmässig die Beziehungen zwischen Promissar und Begünstigtem nicht für den Vertrag kausal, so kann der Promittent aus ihnen in keiner Weise eine Einwendung entnehmen.

Für unser Problem haben wir daher folgendes Ergebnis gefunden: Bei den Verträgen zu Gunsten Dritter kann der Promittent Einwendungen aus

dem Verhältnisse des Promissars zum Begünstigten nicht geltend machen, und zwar aus dem Grunde, weil die causa zwischen diesen Personen nicht in den Vertrag zu Gunsten Dritter als Rechtsgrund des selbständigen Rechts des Dritten aufgenommen wird, m. a. W. weil das Versprechen des Promittenten, an den Dritten zu leisten, ein von dem Verhältnisse des Promissars zum Dritten losgelöstes Abstraktum ist.[1]) Es ist also beim Vertrag zu Gunsten Dritter ebenso wie bei der Delegation die Versagung der Einrede aus fremdem Rechtsverhältnis auf die abstrakte Natur des Leistungsversprechens des Promittenten bezw. Delegaten zurückzuführen.

[1]) Zu demselben Resultat kommt Stahl, die Verträge zu Gunsten Dritter S. 46: Der Versprechende kann dem Dritten nur Einwendungen aus dem concreten zwischen Versprechensempfänger und Versprechendem geschlossenen Vertrag entgegenstellen. Ausgeschlossen sind alle Einreden aus sonstigen zwischen den Vertragschliessenden bestehenden Verträgen, insbesondere die Compensationseinrede, ferner alle Einreden aus dem Verhältnis zwischen Versprechensempfänger und Drittem.

5. Ansprüche mit identischem Zweck.

Solche liegen dann vor, wenn mehrere selbständige Ansprüche auf einen und denselben Erfolg in Bezug auf das Vermögen des Berechtigten gerichtet sind. Als Typus solcher Fälle erscheint in der Literatur der folgende: Ein gegen die Folgen eines schädigenden Ereignisses Versicherter erlangt infolge dieses Ereignisses sowohl den Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger, als auch den Anspruch auf die Versicherungssumme gegen die Versicherung. Der Zweck beider Verpflichtungen, die sich auf das schädigende Ereignis gründen, geht hier dahin: Es soll der durch das Ereignis herbeigeführte Vermögensschaden wieder ausgeglichen werden. Inwiefern ist hier eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten, also die Geltendmachung einer Einrede durch den Beklagten, die primär einem dritten Verpflichteten zusteht, möglich? Es handelt sich hier darum, ob der jeweils mit der Klage in Anspruch genommene Verpflichtete solche Einwendungen für sich geltend machen kann, die der andere Verpflichtete, wenn er mit der Klage belangt worden wäre, hätte geltend machen können. Als solche Einwendungen kommen in Frage die Einwendung der Erfüllung, des Erlasses, der vollzogenen Aufrechnung, der Stundung, Verjährung usw. Die Berufung des Beklagten auf das blosse Vorhandensein der auf denselben Erfolg abzielenden Verpflichtung des Dritten scheidet für die Frage nach der exceptio ex iure tertii aus. Denn hier fehlt es an dem Erfordernis der Einrede: Es wird nichts gegen den Anspruch vorgebracht, im Gegenteil wird gerade seine Existenz und und darum sein Einfluss auf das Klagebegehren behauptet. So bemerkt auch Rappaport[1]), dass ein derartiger Ein-

[1]) a. a. O. S. 153.

wand unter dem Gesichtspunkte der Einrede aus dem Rechte des Dritten überhaupt nicht in Betracht kommen könne, da es in diesen Fällen „an dem Requisit der Einrede fehle.“ Ebenso weist Oertmann in seiner eingehenden Untersuchung über die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch[1]) darauf hin, dass in dem Falle des Bestehens eines Unterhaltsanspruchs[2]) des Beschädigten Dritten gegenüber in der Regel der Entschädigungsanspruch gegen den Schädiger nicht ausgeschlossen werde. Auch die Praxis[3]) entscheidet fast ausnahmslos in demselben Sinne. Was Wissenschaft und Praxis als richtig empfunden, ist auch im § 843 Abs. 4 B. G. B. zum Gesetz erhoben worden: „Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat.“

Ebenso sind diejenigen Fälle aus dem Problem auszuscheiden, in denen der Schaden durch einen Dritten, der hierzu nicht verpflichtet war und auch nicht den Willen hat, pro debitore zu leisten, bereits ersetzt worden ist.[4]) Wie die Literatur, so ist auch die Praxis sich hierin einig, wie ein Blick auf die von Oertmann a. a. O. zit. Entscheidungen zeigt[5]). Die offenbare Unbilligkeit der Zulassung einer solchen Einwendung liegt in der Tat klar auf der Hand. Hiermit werden natürlich

[1]) S. 107 § 113.

[2]) Unterhaltungsanspruch und Versicherungsanspruch können hier in dieser Beziehung gleichgestellt werden.

[3]) Vergleiche die Entscheidungen des R. O. H. G. v. 5. März 1874 Bd. XIII No. 9 S. 24, — desgl. v. 19. Okt. 74 Bd. XIV No. 128 S. 407. — vor allem auch die grundlegende Entscheidung des R. G. v. 11. Febr. 90 i. Seuffert's Arch. Bd. 48 No. 32 S. 45.

[4]) So auch Rappaport a. a. O. S. 154 — Vergl. Oertmann a. a. O. S. 91, 105 ff. —

[5]) Erkenntnis des Oberh. Ger. in Mannheim vom 29. März 62, Seuffert's Arch. Bd. XV No. 210 und Arch. f. prakt. Rechtswissenschaft Bd. IV S. 209. Entscheidung d. O. A. G. Darmstadt v. 1. Dez. 65 u. a. m.

nicht diejenigen Fälle berührt, in denen ein Dritter, um an Stelle des Verpflichteten zu leisten, den Schaden ersetzt. Einer solchen „Zahlung fremder Schulden“ steht naturgemäss kein Bedenken entgegen; nur muss die dahingehende Absicht des Zahlenden in irgend einer Weise klar zur Tage treten. Dass eine Berufung auf eine dem nichteingeklagten Anspruch entgegenstehende Einrede des Erlasses, der Stundung und Verjährung, etc. ausgeschlossen ist, ergibt sich aus ähnlichen Ueberlegungen. Schwierigkeiten kann nur die Frage bereiten, ob auch die Geltendmachung des Einwandes der solvendi animo geschehenen Erfüllung der nicht eingeklagten Schuld durch den aus der anderen Schuld belangten Beklagten ausgeschlossen ist. Sie wird in den weitaus meisten Fällen von der Judikatur verneint. Aus der grossen Zahl der von Oertmann[1]) zusammengestellten verneinenden Entscheidungen sei hier nur das eine für unser Problem interessierende Erkenntnis des Ob. L. G. Hamburg vom 27. März 1886[2]) hervorgehoben, in welchem der Einwand, der Beschädigte habe den Schaden ersetzt erhalten, als „unzulässige exceptio ex jure tertii“ zurückgewiesen wird. Auch in der Literatur[3]) ist die Ansicht von der Nichtanrechenbarkeit der gezahlten Versicherungsgelder die vorherrschende, der auch Oertmann teils aus praktischen, teils aus theoretischen Gesichtspunkten sich anschliesst. Die entgegengesetzte Ansicht vertritt Matthiass[4]), welcher, allerdings auf anderem Wege, gleich Rappaport und uns zu demselben Resultate kommt, dass die Versicherungsgelder wohl anzurechnen sind. Matthiass gewinnt sein Resultat auf dem Wege einer Analogie der Versicherung des Geschädigten mit den vorbeugenden Massregeln des Geschädigten im § 254 B. G. B., während wir, wie im folgenden dargetan werden wird, unser gleiches Resultat

[1]) Vorteilsausgl. § 14 S. 111 ff.
[2]) Seufferts Arch. 43. No. 52.
[3]) Vergl. die bei Oertmann a. a. O. S. 119 Cit.
[4]) Lehrbuch § 76 VI.

durch eine Analyse des Zweckes des Schadenersatzanspruches gewinnen.

So übereinstimmend auch die vorerwähnten Ansichten von der Nichtanrechenbarkeit sind, so mannigfaltig sind die dafür angegebenen Begründungen. So wird z. B. die Zulassung des Einwandes der Erfüllung der nicht eingeklagten Schuld unter dem Gesichtspunkte der compensatio lucri cum damno erklärt. Einer solchen Annahme steht aber folgendes Bedenken entgegen: Im Augenblick des schädigenden Ereignisses treten zugleich zwei Ansprüche auf: der gegen den Schädiger, wie der gegen den Versicherer. Die Realisierung eines dieser Ansprüche stellt aber für den Geschädigten kein lucrum dar, da das Geleistete zugleich den Anspruch auf die Leistung aufhebt.[1]) Es tritt lediglich eine Verschiebung von gleichwertigen Vermögensbestandteilen — das Geleistete tritt an die Stelle des Anspruchs auf die Leistung — aber keine Vermögensvermehrung ein. Der Weg der positiven Erörterung der Frage hat seinen Ausgangspunkt zu nehmen mit der Erörterung des Problems der Aktionenkonkurrenz. Denn die Entscheidung der Frage, ob der Beklagte die Befriedigung des nichteingeklagten Anspruchs durch den Dritten für sich geltend machen kann, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob und inwiefern die Befriedigung eines von zwei Ansprüchen mit identischem Zweck den Untergang des anderen Anspruchs herbeiführt. Diese Frage betrifft aber Erscheinungen, an welchen sich die Lehre von der Klagenkonkurrenz geknüpft hat. Es

[1]) Aehnlich finden wir diesen Gedanken in einem Urteil des O. L. G. Dresden v. 28. März 88 (Seuffert's Arch. Bd. 43 No. 269 S. 405) ausgedrückt bei der Erörterung der Frage, ob das dem verletzten Kläger auf Grund seiner Zugehörigkeit zu seiner Krankenkasse zustehende Krankengeld ein lucrum bilde: „Der dem Kläger erwachsene Vorteil ist in erster Linie auf eine selbstständige Tatsache, Abschluss des Vertrages und Zahlung der Prämien zurückzuführen, er charakterisiert sich demnach auch nicht als eine eigentliche Bereicherung desselben, sondern als ein Vermögenserwerb aus einem gewagten Rechtsgeschäft".

liegen zwei Ansprüche vor derart, dass nicht der Bestand, wohl aber die Befriedigung des einen den anderen aufhebt. Ueber den Grund dieser Erscheinung haben sich die verschiedensten Ansichten gebildet.[1]) Die einen erblicken den Grund in der Identität des Anspruchs. Kleinschrod[2]) meint, die Klagenkonkurrenz beruhe auf dem Zusammentreffen mehrerer Klagen in einem juristisch relevanten Vereinigungspunkt, als welchen er entweder die Identität der Rechtsverhältnisse oder des Anspruchs ansieht. Aber nur ein Blick auf den Eingangs dieses Teiles der Abhandlung angeführten typischen Fall eines schädigenden Ereignisses beweist, dass hier weder von einer Identität der Rechtsverhältnisse, noch des Anspruchs die Rede sein kann. Der Versicherungsanspruch beruht auf dem Versicherungsvertrage. Das schädigende Ereignis stellt nur eine Bedingung des Vertrages dar und hat im Verhältnis des Versicherten zum Versicherer nur deshalb rechtliche Bedeutung, weil es von den Parteien in den Inhalt des Vertrages aufgenommen wurde. Der Versicherungsanspruch ist daher ein solcher ex contractu. Dagegen kann der Schadensersatzanspruch sowohl auf Kontrakt wie auf Delikt beruhen. Dass im letzteren Falle keine Identität des Schadensersatzanspruchs mit dem Versicherungsanspruch vorliegt, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber auch der auf Vertragsverletzung beruhende Schadensersatzanspruch ist nicht identisch mit dem Versicherungsanspruch. Irgendwelche die Identität beider Ansprüche bestimmende Merkmale, auch wenn man sie für das Erfordernis der Identität noch so sehr begrenzt, sind nicht vorhanden. Es fehlt zunächst die Identität des Rechtsgrundes. Der eine Anspruch beruht auf dem Ver-

[1]) Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch S. 111 ff. hat die überaus grosse Anzahl der verschiedenen Ansichten einer eingehenden Würdigung unterzogen. Für die Zwecke der Arbeit genügt es, nur die hauptsächlichsten für das Problem in Betracht kommenden Kontroversen näher zu betrachten.

[2]) Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen S. 10.

sicherungsvertrage, der Schadenersatzanspruch auf einem anderen Rechtsgrunde. Der eine Anspruch ist ein solcher auf Erfüllung, der zweite ein solcher auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Andere suchen die Erklärung für die in Rede stehende Erscheinung in der Identität blosser einzelner Anspruchselemente. Nach Keller[1]) liegt dann eine Klagenkonkurrenz vor, wenn die Klagen aus ein und derselben Tatsache hervorgehen, welche unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten ein und dieselbe, oder doch nur eine quantitativ, nicht qualitativ verschiedene Forderung begründet. Ebenso Helssig:[2]) „Das Eigentümliche dieser Fälle liegt .....in dem Umstande, dass in demselben Tatbestand die Voraussetzungen verschiedener Rechtssätze enthalten sind. Ein solcher Tatbestand, wie ihn die wiedergegebenen Ansichten im Auge haben, liegt allerdings bei dem mehrfach erwähnten typischen Fall der Versicherung gegen die Folgen eines schädigenden Ereignisses, wie überhaupt bei den in Rede stehenden Ansprüchen regelmässig vor. Hier ist das schädigende Ereignis die Tatsache, welche unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten die beiden Ansprüche hervorruft. Auf der einen Seite begründet sie in Verbindung mit sonstigen Umständen, wie Vorsatz oder Fahrlässigkeit usw. nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen einen Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger. Anderseits stellt sie die Bedingung[3]) für den Eintritt der Wirksamkeit der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme dar. Dieselbe Tatsache, das schädigende Ereignis, führt

---

[1]) Keller, Pandekten § 82.

[2]) Helssig, Zur Lehre von der Konkurrenz der Klagen nach römischem Recht.

[3]) Vergl. Rappaport S. 188: „Der Versicherungsanspruch hat übrigens trotzdem seine Ursache im schädigenden Faktum und es ist eine gewaltsame Umgehung des Causalitätsprinzips, wenn hier der Begriff der Bedingung als ein von der Ursache Verschiedenes eingeführt wird".

also in Verbindung mit einem jeweils verschiedenen Tatsachenkomplex und einem jeweils verschiedenen Rechtssatz zu 2 verschiedenen Ansprüchen. Aber der Umstand, dass sich eine solche Identität von Anspruchselementen regelmässig bei dem in Frage stehenden Ansprüchen vorfindet, gibt keine Erklärung für die Konkurrenz dieser Ansprüche. Man erhebt doch unwillkürlich die Frage, warum denn die Identität solcher Anspruchselemente, oder wie die zuerst erörterte Theorie will, die Identität des Entstehungsgrundes, überhaupt den Untergang des konkurrierenden Anspruchs infolge der Befriedigung des anderen zur Folge haben muss.[1]) Man kann doch nicht die Anspruchskonkurrenz als begrifflich notwendiges Postulat der Identität des Entstehungsgrundes ansehen. Denn es widerspricht durchaus nicht den Gesetzen der Logik, anzunehmen, dass trotz Identität des Entstehungsgrundes eine Anspruchskonkurrenz nicht notwendig sei. Ebenso wie es anderseits Fälle gibt, wo ohne Einheit des Entstehungsgrundes doch eine Klagenkonkurrenz vorliegt. Hierfür liefert die Erscheinung des sogen. concursus duarum lucrativarum causarum einen Beweis. Hier fehlt es doch zweifellos an einer Einheit des Entstehungsgrundes und trotzdem ist sicher, dass auch hier durch Befriedigung des einen Anspruchs der Untergang des anderen herbeigeführt wird. Ist aber die Anspruchskonkurrenz nicht ein begrifflich notwendiges Postulat der Identität des Entstehungsgrundes der beiden Ansprüche, so muss die Frage, warum die Identität des Entstehungsgrundes die Anspruchskonkurrenz herbeiführen muss, in anderer Weise beantwortet werden. Diese Antwort wird man bei den Anhängern der angeführten Theorieen vergebens suchen.

[1]) S. auch Rappaport S. 160: „Eine Antwort darauf wird man auf dem Wege der Analyse des Begriffes nicht gewinnen. Die einzig plausible Antwort wäre die, der identische Entstehungsgrund bewirke eine Identität der Zwecke. Vorausgesetzt, dass dies richtig wäre, wäre dann aber eben in der Identität der Zwecke und nicht des Entstehungsgrundes die Erklärung zu suchen".

Diese begnügen sich lediglich mit der Konstatierung der Identität des Entstehungsgrundes und glauben damit ohne Weiteres die Frage nach dem Grunde der Anspruchskonkurrenz beantwortet zu haben. Die einzig mögliche Antwort wäre, wie wir bereits hervorgehoben,[1]) die, der identische Entstehungsgrund bewirke eine Identität der Zwecke. Dieser Gedanke, auf unser Beispiel angewandt, würde so zu formulieren sein: Sowohl der Schadensersatzanspruch, den das Gesetz an das schädigende Ereignis knüpft, wie der Versicherungsanspruch, der nach dem Willen der Parteien sich auf dasselbe Ereignis stützen soll, dienen demselben Zwecke, nämlich dem, die Folgen des schädigenden Ereignisses auszugleichen; insofern als nun das schädigende Ereignis den Zustand schafft, der durch jeden der beiden Ansprüche ausgeglichen werden soll, bewirkt es eine Identität der Zwecke. Vorausgesetzt, dass man insofern von der Identität des Entstehungsgrundes als Ursache der Identität der Zwecke reden kann, wäre dann aber mit der Identität des Zweckes und nicht des Entstehungsgrundes die Erscheinung der Anspruchskonkurrenz zu begründen. Das Identitätsmoment, das übrigens die sämtlichen verschiedenen Theorien beherrscht, findet in einer weiteren Theorie insofern Berücksichtigung, als hier in der Identität des Leistungsgegenstandes der Erklärungsgrund für das Konkurrenzproblem angenommen wird.[2])

Diese Theorie hat da etwas Bestechendes an sich, wo der Leistungsgegenstand eine Spezies ist, da er hier überhaupt nur einmal existiert. Aber auch hier genügt die Tatsache der Leistung allein nicht, den anderen Anspruch auf Leistung derselben Sache als erloschen anzusehen. Man hat daher vom Standpunkt dieser Theorie versucht, die Erscheinung des Erlöschens des einen Anspruchs durch die Erfüllung des anderen unter dem Ge-

[1]) Vergl. Rappaport, Anm. 1 S. 62.
[2]) Vergl. Rappaport a. a. O. S. 161.

sichtspunkte der durch die einmalige Leistung herbeigeführten Unmöglichkeit ihrer Wiederholung zu erklären.[1]) Allein infolge der Leistung der Species durch einen der beiden Verpflichteten ist auf Seiten des anderen zur Leistung derselben Species Verpflichteten eine objektive Unmöglichkeit nicht eingetreten, da die geleistete Sache wenn zwar auch nicht vom Verpflichteten, so doch von einem anderen, nämlich demjenigen, an welchen sie geleistet wurde, geleistet werden kann.

Kann schon bei den Ansprüchen auf Leistung einer Species die Identität des Leistungsgegenstandes keinen Grund für die Anspruchskonkurrenz geben, dann umsoweniger in der grossen Mehrzahl der Fälle des Anspruchskonkurses, wo fungible Sachen, namentlich Geld, den Leistungsgenstand bilden. Denn hier kann von einer Identität des Leistungsgegenstandes keine Rede sein, vielmehr liegt hier eine blosse Gleichheit verschiedener Gegenstände vor. Hier besteht der Leistungsgegenstand in beiden Ansprüchen in zwei selbständigen individuellen Gegenständen der Aussenwelt, die nur gewisse Merkmale miteinander gemein haben, also lediglich einander gleichen. In unserm Musterbeispiel geht sowohl der Schadensersatzanspruch gegen den Schädiger, wie der Anspruch auf die Versicherungssumme gegen den Versicherer auf Geld. Aber das von dem einen Verpflichteten zu leistende Geld ist nicht identisch mit dem von dem anderen zu zahlen-

[1]) Vergl. Mommsen, Beitr. z. Obligationenrecht Bd I. S. 255 bis 262. Stammler, Einrede S. 56: „In dem Falle kann für das heutige Recht . . . . kein anderer Gesichtspunkt als der von der Unmöglichkeit der Leistung in Frage kommen". Vergl. Stammler Schuldverh. S. 226 ff.: „Man muss sich nach einem anderen Gesichtspunkte umsehen . . . . Dieser wird durch die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung gegeben. Ausgehend davon, dass der concursus duarum causarum lucrativarum nur bei Forderungen spezieller Sachen möglich sei, sagt er: „Wenn der Gläubiger die Species, die der Schuldner zu leisten hatte, von dritter Seite erhält und hat, so ist der Schuldner eben in der Unmöglichkeit der Erfüllung".

den. Identisch sind nur gewisse Merkmale in beiden Fällen, wie z. B. die Metalleigenschaft, die Prägung, usw. aber nicht der Gegenstand selbst. Die Identität der Merkmale begründet aber nur Gleichheit der Gegenstände nicht Identität der Gegenstände.

Ist hiernach dargetan, dass bei der grossen Mehrzahl der Fälle der Klagenkonkurrenz nicht einmal eine Identität des Leistungsgegenstandes vorliegt, so bedarf es nicht mehr des Nachweises, dass die Identität des Leistungsgegenstandes keine Erklärung für die Erscheinung der Anspruchskonkurrenz geben kann. Diese Erörterungen führen zur positiven Lösung der Frage. Die Erscheinung der Anspruchskonkurrenz findet ihre Erklärung in der Identität des Zweckes der beiden Ansprüche.[1]) Das Zweckmoment, wie es in dieser allgemeinen Fassung hervorgehoben wird, ist aber zur Erklärung nicht genügend. Es muss noch nach verschiedenen Richtungen hin begrenzt werden. Dies führt zu einer Erörterung über die verschiedenen Erscheinungsformen des Zweckmomentes, wie sie beim Anspruch vorkommen. Der Zweck des Anspruchs ist ein juristischer, oder wirtschaftlicher, je nach dem die im Bewusstsein des handelnden Subjektes bei der Schaffung des Anspruchs angestellte Beziehung zwischen Handlung und Wirkung, in Bezug auf welche die Handlung gewollt wird, eine juristische oder ökonomische ist. Einen juristischen Zweck muss begrifflich notwendig jeder Anspruch haben, weil er als Rechtsgebilde auf juristische Wirkung gehen muss. (So stellt der Zweck der Hingabe beim Depositum oder Commodat, die Aufbewahrung bezw. Benutzung, ein notwendiges Begiffsmerkmal der beiden Verträge dar. Man definiert daher auch: Das Depositum bezw. Commodat ist eine Hingabe „zum Zwecke“ der

[1]) So auch Rappaport S. 174: „Die Erscheinung der Anspruchskonkurrenz ist nur möglich bei Ansprüchen mit identischem, ökonomischem Zwecke und besteht darin, dass die Erfüllung dieses identischen ökonomischen Zweckes beide Ansprüche tilgt“.

Aufbewahrung bezw. Benutzung.) Zugleich hat aber der Anspruch, insoweit er eine Erscheinung des Vermögensrechts darstellt, weil er als solcher eine Wirkung für das Vermögen bezwecken soll, einen ökonomischen, praktischen Zwek. In der Mehrzahl der Fälle ist aber dieser Zweck nur ein mittelbarer, d. h. ein solcher, der sich als Folge des unmittelbar bezweckten juristischen Zweckes darstellt und daher in dem Anspruche selbst keinen rechtlichen Ausdruck findet. Dieses Verhältnis zwischen dem juristischen und ökonomischen Zweck des Anspruchs drückt sich klar in der Fragestellung in Bezug auf die gewöhnlichen Verträge aus: 1. Warum hat der Contrahent die Sache hingegeben? (Antwort: Zum Zwecke der Aufbewahrung bezw. Benutzung: juristischer Zweck.) 2. Warum hat der Contrahent die Sache zum Zwecke der Aufbewahrung bezw. Benutzung hingegeben? (Antwort: Z. B., weil er nicht in der Lage war, die Sache selbst zu verwahren, bezw. weil er dem Interesse des anderen Teiles an der Benutzung der Sache dienen wollte: ökonomischer Zweck). Die zweite Frage nimmt also schon den ersten juristischen Zweck in sich auf und verlangt eine Antwort auf den Zweck, dem der juristische Zweck dient.

Dagegen gibt es auch Ansprüche, die ebenso wie den juristischen so auch den ökonomischen Zweck begrifflich notwendig enthalten. Zu diesen gehören insbesondere die Schadensersatzansprüche.

Zwischen einem Anspruch aus einem Kaufvertrage auf Zahlung des Kaufpreises und dem auf Zahlung einer Schadensersatzsumme von gleicher Höhe besteht ein wesentlicher Unterschied. Beide gehen zwar auf Leistung derselben Genus-Sache, beide dienen demselben Zweck, dem Berechtigten das Eigentum an dem Leistungsgegenstand zu verschaffen. Hiermit ist aber auch der Zweck bei dem Kaufvertrage erschöpft. Welchen Zweck die Eigentumsübertragung ihrerseits hat, ob sie der Bereicherung des Verkäufers dient, oder einen Vermögensverlust ersetzen soll

usw. ist für den Anspruch auf Leistung ohne Belang.[1]) Dagegen ist dieses ökonomische Zweckmoment beim Schadensersatzanspruch ein notwendiges Begriffsmerkmal. Seinem Namen und Wesen nach geht der Schadensersatzanspruch auf Leistung der Geldsumme zum ausschliesslichen und notwendigen Zweck der Ausgleichung eines infolge des schädigenden Ereignisses eingetretenen Vermögensverlustes. Da, wo dieser ökonomische Zweck nicht erreichbar ist, kann von einem Schadensersatzanspruch logisch nicht mehr die Rede sein. Der Schadensersatzanspruch enthält also in sich im Gegensatz zum Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises begrifflich notwendig den ökonomischen Zweck. Treten nun zwei Ansprüche, die denselben ökonomischen Zweck begrifflich in sich aufgenommen haben, nebeneinander, so muss die Verwirklichung des einen Anspruchs, weil er aus Gründen der Identität des ökonomischen Zweckes notwendig die Erreichbarkeit des ökonomischen Zweckes des andern aufhebt, den Untergang des andern herbeiführen. Für das Problem der Anspruchskonkurrenz haben wir damit folgendes Resultat gewonnen:

Die Erscheinung der Anspruchskonkurrenz hat bei Ansprüchen mit identischem, ökonomischem Zweck ihren Grund darin, dass die Erfüllung dieses identischen ökonomischen Zweckes beide Ansprüche tilgt.[2])

Die Frage nach der systematischen Stellung dieser Erscheinung des Untergangs des konkurrierenden Anspruchs durch Erfüllung des anderen kann nicht dahin beantwortet werden, es werde durch die Erfüllung die Unmöglichkeit der Erfüllung des konkurrierenden Anspruchs herbeigeführt. Es ist allerdings richtig, dass ein Schaden, der bereits irgendwie getilgt ist, nicht noch einmal ersetzt

[1]) Rappaport a. a. O. S. 171 Anm. 2 macht mit zutreffender Begründung darauf aufmerksam, dass es keinen Gegenbeweis mache, wenn der handelsrechtliche Spekulationskauf als Kauf „zum Zwecke der Weiterveräusserung", der Anspruch aus der Miete als Anspruch auf Uebergabe der Sache „zum Gebrauche" erscheine.

[2]) So auch Rappaport a. a. O. S. 174.

werden kann. Dieses Nichtkönnen beruht aber nicht auf der Unmöglichkeit der Leistung. Die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung ist die, ob der Schuldner die Möglichkeit hat, einen existierenden Anspruch zu erfüllen, m. a. W. ob er das Mittel der Erfüllung des als existent gedachten Anspruchs hat. Hier liegt aber die Sache umgekehrt: Der Schuldner hat zwar die Mittel zur Leistung, kann aber diese ihrem Zwecke nicht entgegenführen, weil sie dem wirtschaftlichem Zweck, dem sie dienten, nicht mehr dienen können, da er bereits erreicht ist. Der Untergang des konkurrierenden Anspruchs ist also nicht durch Unmöglichkeit der Erfüllung herbeigeführt worden, sondern er beruht gerade auf seiner Erfüllung. Der eine Anspruch wird gerade durch direkte Erfüllung des anderen mit ihm konkurrierenden Anspruchs indirekt miterfüllt.[1])

[1]) Vergl. Rappaport a. a. O. S. 184: „Nun ist ja unbestreitbar, dass ein Schaden, der bereits irgendwie getilgt ist, nicht noch einmal ersetzt, eine Bedürftigkeit, die einmal behoben wurde, nicht nochmals beseitigt werden kann; trotzdem kann hier nicht von Anspruchsuntergang wegen Unmöglichkeit der Leistung gesprochen werden. Dieser Begriff ist nur dort anwendbar, wo der zu erfüllende Zweck bestehen bleibt, während das Mittel seiner Erfüllung vernichtet wurde. Es ist vorhanden, was erfüllt werden soll, man kann es aber nicht, weil man das Mittel dazu nicht hat.

Hier aber liegt die Sache umgekehrt. Das Mittel wäre wohl vorhanden, es ist aber der Zweck nicht mehr da, weil er erfüllt wurde.

Die ganze Unmöglichkeitslehre im Rechte ist ja auf dem Gedanken aufgebaut, dass für die unterbliebene Befriedigung des Gläubigers Ersatz zu beschaffen ist. Solche Notwendigkeit ist hier nicht gegeben. Wie will man auch nur einen der Sätze aus der Unmöglichkeitslehre hier anwenden?

Könnte man hier den Gesichtspunkt der Unmöglichkeit walten lassen, so müsste jeder erfüllte Anspruch nicht als durch Erfüllung, sondern als durch Leistungsunmöglichkeit nicht mehr bestehend angesehen werden!

Der konkurrente Anspruch ist daher nicht durch Unmöglichkeit seiner Erfüllung, sondern durch Erfüllung untergegangen. Allerdings werden wir von direkter Erfüllung des Anspruchs nicht sprechen dürfen, vortrefflich passt aber in dieser Hinsicht der schon von anderen, (so von Merkel) gebrauchte Ausdruck der indirekten Erfüllung. Der eine Anspruch wird durch direkte Erfüllung des anderen mit ihm konkurrierenden indirekt erfüllt".

Ist nun der Hinweis des Beklagten auf die Erfüllung des Anspruchszweckes innerhalb des fremden Rechtsverhältnisses, z. B. der Einwand des Versicherers, der Beschädigte habe den Schaden ersetzt, eine exceptio ex jure tertii? Dies ist zu verneinen. Die Erhebung einer Einrede aus dem Rechte des Dritten besteht in der Geltendmachung einer zunächst einem Dritten gegen den Gläubiger zustehenden Einrede, und zwar muss diese Einrede als eine dem Dritten zustehende erhoben werden. Der Beklagte aber, welcher bei den Ansprüchen mit identischem Zweck auf die Erfüllung des fremden Anspruchs hinweist, macht damit zugleich die Erfüllung des gegen ihn erhobenen Anspruchs geltend. Seine Einlassung geht nicht etwa dahin, durch Erfüllung des fremden Anspruchs sei für den Dritten eine Einrede begründet worden und diese sei auf ihn „übertragen", sondern sie hat die Behauptung zum Gegenstand, dass dieselbe Tatsache, welche zum Untergang des fremden Anspruchs geführt habe, auch den gegen ihn erhobenen Anspruch indirekt durch Erfüllung zum Erlöschen gebracht habe.[1]) Er stellt den Untergang des Klageanspruchs nicht als Folge des Unterganges des fremden Anspruchs infolge irgendwelcher Abhängigkeit dar, sondern er macht geltend, dass dieselbe Tatsache, z. B. der Zahlung, die beiden Ansprüche, also auch den gegen ihn erhobenen

---

[1]) Vergl. Rappaport a. a. O. S. 192: „Nicht weil die zweckerfüllende Tatsache den fremden Anspruch zum Untergange bringt, also ihm gegenüber eine Einrede schafft, und nun als Einrede auf den Schuldner „übergeht", sondern weil sie gleichzeitig in beiden Ansprüchen auf das ihnen identische Element wirkt, ruft sie in beiden Ansprüchen identische Wirkung hervor, indem sie in beiden die identische Einrede schafft.

Dort stirbt der eine Anspruch, weil dem fremden, ohne den er nicht leben kann, der Todesstoss versetzt ist, hier trifft ein und derselbe Stoss gleichzeitig beide Ansprüche zu Tode, weil er gegen ihr gemeinsames Organ gerichtet ist.

Diese Fälle sind daher aus dem Problem der exceptio ex jure tertii wegzuverweisen".

Anspruch vernichtet habe. Der Hinweis des Beklagten auf die Erfüllung des Anspruchszweckes innerhalb des fremden Rechtsverhältnisses ist also im letzten Grunde nichts anderes, als die Geltendmachung der Erfüllung des Zweckes des gegen ihn erhobenen Anspruchs, also die Erhebung seiner eigenen Einrede.

Die Fälle der Ansprüche mit identischem Zweck sind daher aus dem Problem der exceptio ex jure tertii auszuscheiden.

6. Die Ansprüche auf Rückstellung einer Sache.

a. Der dingliche Herausgabeanspruch aus § 986 B. G. B.

Nach § 986 B. G. B. kann der Besitzer einer Sache die auf Grund des Eigentums an der Sache verlangte Herausgabe verweigern, wenn der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableitet, dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Die Beantwortung der Frage, ob der Hinweis des unmittelbaren Besitzers auf das Recht des mittelbaren Besitzers eine exceptio ex jure tertii ist, verlangt zunächst eine Entscheidung über die Natur und den Rechtsgrund der Einrede.

Der gesetzliche Wortlaut „kann die Herausgabe verweigern" legt die Auffassung nahe, dass es sich um ein Leistungsverweigerungsrecht, also eine „Einrede" handele, wie auch Martin Wolff[1]) annimmt: „Das Gesetz gibt hiernach dem Beklagten eine Einrede aus dem Rechte des Dritten gegen den Kläger." Dass es aber auf den gesetzlichen Wortlaut nicht ankommen kann, ergibt ein Vergleich mit der Bestimmung des § 1004 B. G. B., welcher den analogen Fall der Negatorienklage mit der Wendung behandelt: „Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eigentümer zur Duldung verpflichtet ist." In dieser Ausdrucksweise des Gesetzes offenbart sich die Ansicht des Gesetzgebers, dass ein Recht des mit der actio negatoria Verfolgten zur Beeinträchtigung des Eigentums dem Anspruche auf Beseitigung der Beeinträchtigung die Grundlage entzieht. Was aber für die Beeinträchtigung des Eigen-

[1]) Das Recht zum Besitze S. 14.

tums im Sinne des § 1004 gilt, muss auch für die Beeinträchtigung durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes gelten. Hier wie dort wird mit dem Hinweis auf das Recht zur Beeinträchtigung geltend gemacht, dass dem aus dem Eigentum hergeleiteten dinglichen Anspruch die Unterlage, nämlich das Recht des Eigentümers auf eignen Besitz fehle. Die Analogie der rei vindicatio mit der actio negatoria verlangt also, entgegen dem Wortlaut des § 986 B. G. B., entsprechend der im § 1004 Abs. 2 zum Ausdruck gebrachten Auffassung, die Einrede des Rechtes zum Besitz als eine anspruchsverneinende aufzufassen.[1])

Der Hinweis des beklagten unmittelbaren Besitzers auf das Recht des mittelbaren Besitzers ist Rechtsverteidigung. Der Beklagte beruft sich auf das Recht, um dem Anspruch auf Herausgabe der Sache zu begegnen. Worauf gründet sich nun die Wirksamkeit dieser Berufung auf ein fremdes Recht? Es ist davon auszugehen, dass der Besitzer, wenn ihm irgend ein Recht nicht zustände, durch den blossen Hinweis auf ein fremdes Recht sich nicht gegen die Klage behaupten könnte. „Fremde Rechte kann niemand ohne vermittelnden Uebergang, wodurch sie eben eigene werden, für sich geltend machen.“[2]) Wolff[3]), der dies leugnet, begründet die Einrede aus einer Summierung des Besitzrechts des Zwischenmanns gegen den Kläger mit einem Besitzrecht oder einer Besitzpflicht des Beklagten gegen den Zwischenmann. Aber wie aus einer solchen Summierung von Rechten (bezw. Pflichten) ein Recht im Verhältnis von 2 Personen (Kläger und Beklagten) entstehen soll, für deren Verhältnis zueinander die summierten Rechte ohne jede Bedeutung sind, ist nicht einzusehen. Eine Summierung der bezeichneten Rechte kann somit keineswegs die Unterlage der fraglichen Einrede sein. Für die Er-

[1]) S. Rappaort a. a. O. S. 202.
[2]) So Rappapot a. a. O. S. 203.
[3]) Das Recht zum Besitze S. 17.

klärung der in Rede stehenden Erscheinung bildet das dingliche Element des Rechtes zum Besitze den Ausgangspunkt.

Die Rechtsstellung des Besitzers äussert sich in einer doppelten Beziehung: Gegenüber dem Eigentümer ist sie obligatorisch, ihrer Existenz und ihrem Fortbestande nach abhängig von seinem Willen. Gegenüber der Sache ist sie dinglich insofern, als sie einen, wenn auch noch so geringen Ausschnitt aus den dem Eigentum entspringenden Machtbefugnissen des Eigentümers zur Sache darstellt. Diese dingliche, mit notwendiger Beeinträchtigung des Eigentums verbundene Beziehung des Besitzers zur Sache, welche dem freien Verfügungsrecht des Besitzers unterliegt, geht mit einer Uebertragung des unmittelbaren Besitzes als einer Verfügung über die dingliche Rechtsbeziehung auf den neuen Besitzer über. Dieser erlangt daher die vorher von dem nunmehrigen mittelbaren Besitzer innegehabte Rechtstellung zur Sache, welche den Ausschnitt aus dem Eigentumsrecht des Eigentümers zur Sache darstellt.

Hiermit ist die Lösung des uns beschäftigenden Problems gefunden: Der unmittelbare Besitzer, welcher sich gegenüber der rei vindicatio auf das Recht zum Besitze des mittelbaren Besitzers, von dem er sein Recht ableitet, beruft, macht mit dem Hinweise auf das Recht des mittelbaren Besitzers und auf sein Recht im Verhältnis zu diesem geltend, dass durch die Begründung eines Rechtes zum Besitze für den mittelbaren Besitzer ein Ausschnitt aus den Machtbefugnissen des Eigentümers erfolgt, und dass er selbst in die dem Auschnitt entsprechende Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers zur Sache eingerückt sei. Seine Einlassung hat also im letzten Grunde die Behauptung zum Gegenstande, dass dem Eigentum des Klägers als Grundlage des Herausgabeanspruchs das notwendige Recht des Eigentümers zum Besitze fehle, weil der Eigentümer dies dem mittelbaren Besitzer eingeräumt habe, von dem es auf dem Beklagten selbst übergegangen sei. Der Be-

klagte führt also sein eigenes Recht zum Besitze gegenüber dem Eigentümer ins Feld. Im Gegensatz zu Zanger, der in diesem Falle eine exceptio de jure tertii annimmt, wo gegen eine Vindikation der Beklagte excipiert, dass er die vindizierte Sache zwar aus keinem rechtlichen Grunde besitze, dass dieselbe aber einem Dritten gehöre, sieht auch Herold[1]) in einem solchen Vorbringen keine Einrede, sondern eine Klageleugnung, da der Kläger sein Eigentum selbst beweisen müsse, weil sonst die Klage nicht schlüssig sei. „Der Verklagte macht also auch hier kein fremdes Recht geltend, sondern nur sein eigenes, nämlich das zum Besitz und deshalb muss Kläger, wenn er kein besseres Recht dartut, abgewiesen werden.“ Es ist also für unser Problem festgestellt, dass die Einrede des unmittelbaren Besitzers, der mittelbare Besitzer, von dem er sein Recht zum Besitze ableite, sei dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt, ein eigenes Bestreiten der Klagevoraussetzungen durch den Beklagten und keine exceptio ex jure tertii darstellt.

[1]) a. a. O. S. 375.

b. Die Ansprüche aus § 556 Abs. 3 und § 604 Abs. 4 B. G. B.

Nach § 556 Abs. 3 kann der Vermieter vom Untermieter, nach § 604 Abs. 4 der Verleiher vom Unterleiher die Sache nach Beendigung des Hauptmiet- oder Hauptverleihverhältnisses unmittelbar zurückfordern. Voraussetzungen dieses Anspruchs sind:

1) Dass der Vormann des Beklagten die Sache auf Grund eines Miet- oder Leihverhältnisses zum Kläger innegehabt hat,
2) dass sie der Beklagte in Untermiete bezw. -leihe erhalten hat und
3) dass das Miet- bezw. Leihverhältnis zwischen dem Vermieter (Verleiher) und dem Hauptmieter (-leiher) beendigt ist.

Wendet sich nun der Beklagte gegen 1) mit der Behauptung, es liege zwischen dem Kläger und dem Zwischenmannn kein Vertrag, oder ein anders gearteter vor, oder macht er gegen 3) geltend, die Haupmiete bezw. Hauptleihe sei noch nicht beendet, so nimmt er in dem Rechtsstreit zwar dieselbe Verteidigungsstellung ein, wie auch der Hauptmieter (-leiher), falls dieser mit der Herausgabe belangt worden wäre. Gleichwohl liegt in seinem Vorbringen nicht die Erhebung einer Einrede aus dem Rechte des Dritten. Sein Vorbringen enthält lediglich ein Bestreiten einer Klagevoraussetzung; er leugnet, dass eine von den Voraussetzungen, welche notwendige Unterlage des Schlusses auf den Klageanspruch sei, vorhanden sei. Die Beziehung auf ein drittes Rechtsverhältnis besteht lediglich darin, dass dieselben Tatsachen (Vorliegen eines Hauptmietvertrages und dessen Beendigung) auch Voraussetzungen des in dem fremden Rechtsverhältnis bestehenden

Herausgabeanspruchs sind. Bei der Einrede aus dem Rechte eines Dritten liegt die Sache aber umgekehrt. Hier wird nicht lediglich eine Klagevoraussetzung bestritten, vielmehr eine aus fremden Rechtsverhältnis entnommene Einrede erhoben, die dazu dienen soll, den an sich gerechtfertigten Schluss von den Tatsachen auf den Klageanspruch wieder aufzuheben. Die Berufung des Beklagten darauf, dass ein Hauptmiet-(leih)vertrag nicht vorhanden oder dass er noch nicht beendet sei, enthält also überhaupt keine Einrede, sondern lediglich ein Bestreiten der Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs.

III. Die Bedeutung der Ergebnisse für den Satz: „Die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist unzulässig und nur ausnahmsweise zulässig".

Die Einrede aus dem Rechte des Dritten ist nach der herrschenden Vorstellung dadurch charakterisiert, dass eine Einrede des Dritten als solche zur Verteidigung verwendet wird, dass der Schuldner eine Einrede erhebt, die an sich dem Gläubiger vom Dritten aus entgegensteht. Die Einrede des Dritten wird dem Schuldner nach der üblichen Redeweise „überlassen", „gegeben". Dass eine solche Vorstellung unrichtig ist, ist als das erste Ergebnis dieser Abhandlung anzusehen. Die kritische Untersuchung hat ergeben, dass überall da, wo nach der allgemeinen Auffassung eine wahre Einrede aus dem Rechte des Dritten vorliegen soll, der Beklagte nicht etwa eine einem Dritten zustehende Einrede als eine solche, d. h. als eine in fremden Rechtsverhältnis begründete, sondern als eine eigene geltend macht.

Der Bürge[1]), welcher die Einrede der Zahlung der Hauptschuld erhebt, macht hiermit geltend, dass die gegen ihn erhobene Bürgschaftsforderung wegen ihrer begrifflichen Abhängigkeit von der Hauptforderung mit dieser zugleich durch die Zahlung erloschen sei. Er beruft sich auf die Tatsache der Zahlung, welche Gegenstand der

---

[1]) Vergl. Herold a. a. O. S. 373: „Der Bürge macht also seine Einreden nicht geltend, weil sie dem Schuldner zustehen, sondern weil er Bürge ist und in dieser Eigenschaft gewisse aus dem Sach- und Rechtsverhältnis fliessende Rechte von selbst erlangt hat, die er, solange er Bürge ist, auch ex jure proprio geltend machen darf".

Einrede ist, nicht deswegen, weil sie auf das fremde Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner wirkt, sondern er führt die Tatsache ihrer Wirkung auf den gegen ihn erhobenen Bürgschaftsanspruch an, indem er hervorhebt, dass dieselbe Tatsache, welche den Untergang der Hauptschuld herbeigeführt habe, zugleich auch die accessorische Bürgschaftsschuld getilgt hat.

Auch der Schuldübernehmer, welcher die Zahlung der übernommenen Schuld vor der Uebernahme behauptet, macht die Einrede der Zahlung nicht als dem früheren Schuldner zustehende, sondern als eine eigene geltend. Denn der Hinweis auf die Zahlung durch den früheren Schuldner, welcher äusserlich als eine Berufung auf eine Einwendung des früheren Schuldners erscheint, enthält im letzten Grunde nichts anderes, als die Behauptung, dass infolge Tilgung durch Zahlung die vermeintlich übernommene Schuld zur Zeit der Uebernahme nicht bestanden habe, und daher auf ihn habe logisch nicht übergehen können. Der Schuldübernehmer, welcher die Nichtexistenz der Schuld im Zeitpunkte der Uebernahme infolge Zahlung durch den früheren Schuldner behauptet, macht also die Rechtsunwirksamkeit des Uebernahmevertrages wegen Nichtexistenz der übernommenen Schuld geltend, er erhebt also eine Einrede, die unmittelbar sein Verhältnis zum Gläubiger betrifft, und nicht aus dem Verhältnis des Gläubigers zum Urschuldner „herübergeholt“ ist.

Bei den Anspüchen mit identischem Zweck liegt in der Behauptung, der eine der beiden Ansprüche sei durch Erfüllung getilgt, der Hinweis darauf, dass die Erfüllung des dem geltend gemachten Anspruch begrifflich wesentlichen Zweckes eine Erfüllung dieses Anspruchs unmöglich mache. Auch diese Behauptung trifft also unmittelbar den geltend gemachten Anspruch und verneint eine ihm wesentliche Voraussetzung, nämlich die Möglichkeit der Erreichung des Zweckes, die eine logisch notwendige condicio iuris des Anspruchs ist. Der Versicherer, welcher einwendet, der Schadenstifter habe den

Schaden ersetzt, bestreitet das Vorhandensein einer wesentlichen Voraussetzung des Versicherungsanspruchs, nämlich das Vorhandensein eines Schadens. Die Zahlung durch den Täter wird also nicht wegen ihrer Wirkung, das zwischen dem Geschädigten und dem Versicherten bestehende Schuldverhältnis zu tilgen, sondern als eine Tatsache geltend gemacht, die eine wesentliche Voraussetzung des Versicherungsanspruchs selbst, den Schaden, beseitigt hat. — Entsprechend verhält es sich, wenn der Täter sich auf die Zahlung der Versicherungssumme beruft. Auch er bestreitet unter Berufung auf die Zahlung, dass die wesentliche Voraussetzung des gegen ihn geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, der Schaden, vorliege.

Wie oben[1]) ausgeführt, hat auch die Einrede des mit der rei vindicatio verfolgten dritten unmittelbaren Besitzers, der mittelbare Besitzer sei zum Besitz berechtigt, ihrem materiellen Inhalte nach die Behauptung zum Gegenstand, dass dem Eigentum des Klägers das als Grundlage des Herausgabeanspruchs notwendige Recht zum Besitze fehle. Auch sie enthält also im letzten Grunde die Berufung auf eine Tatsache, die dem Herausgabeanspruch selbst die Grundlage entzieht.

Noch deutlicher tritt bei dem S. 75 ff. Ausgeführten der wahre Charakter der Einrede aus dem Rechte Dritter bei der Untermiete (und -leihe) zutage. Wenn sich hier der Untermieter darauf beruft, dass der Hauptmietvertrag noch bestehe, so macht er geltend, dass die von § 556 Abs. 3 B. G. B. aufgestellte Voraussetzung des Herausgabeanspruchs, die Beendigung des Hauptmietvertrages, fehle. Sein Einwand trifft also unmittelbar die Grundlage des gegen ihn erhobenen Anspruchs selbst.

Nachdem so das Ergebnis der Abhandlung dahin festgelegt ist, dass es eine eigentliche Einrede aus

[1]) S. 75

dem Rechte des Dritten im Sinne der gewohnten Vorstellung nicht gibt, dass es sich vielmehr nur um eine aus dem Verhältnis der Parteien zu einander genommene Einrede handelt, die nur die Eigentümlichkeit hat, zugleich auch auf das Verhältnis einer Partei zu einem Dritten zu wirken, ist die Kritik des zur Abhandlung gestellten Satzes dahin gegeben:

Einreden aus fremdem Rechtsverhältnis sind, wenn als blosse Berufung auf Tatsachen geltend gemacht, stets zulässig, aber nicht immer möglich. Möglich sind sie dann, wenn infolge der Verknüpfung zweier Rechtsverhältnisse dieselbe den Gegenstand der Einrede bildende Tatsache sowohl auf das eine wie das andere Schuldverhältnis wirkt. Für die Art der geforderten Verknüpfung lässt sich kein einheitliches Prinzip aufstellen. Bei der Bürgschaft besteht sie in der begrifflichen Accessorietät der Bürgschaftsforderung, bei der Schuldübernahme in der Identität des Anspruchs trotz Wechsels in der Person des Schuldners, bei den Ansprüchen mit identischem Zweck in der Identität des Zweckes, bei den Ansprüchen auf Rückstellung einer Sache wie beim Untermietsanspruche in ihrer gemeinschaftlichen Grundlage.

Nach dem Ergebnisse der Abhandlung ist also der zur Kritik gestellte Satz dahin festzulegen:

Die „Einrede aus dem Rechte Dritter“ ist stets zulässig, aber nur ausnahmsweise möglich.